Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten

Dissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

Vorgelegt von

Roland Schaer

Fürsprecher
von Dagmersellen LU

1972

Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten

Dissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

Vorgelegt von

Roland Schaer

Fürsprecher
von Dagmersellen LU

1972

Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 27. Mai 1971 auf Antrag von Prof. Dr. W. Koenig als Dissertation angenommen, ohne zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 411 der

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

begründet von † Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt durch † Prof. Dr. Theo Guhl, herausgegeben von Dr. Hans Merz, Professor der Rechte an der Universität Bern

©

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern – 1972
Gesamtherstellung Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland

Meinen Eltern und Käthi

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548121_0012

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 9
Periodika 12
Abkürzungen 12
Problemstellung 13

1.Teil: Der Versicherungsvertrag

§ 1 Natur des Versicherungsvertrages und Stellung innerhalb der Privatrechtsordnung .. 15
I. Natur des Versicherungsvertrages 15
1. Begriff des Versicherungsvertrages 15
2. Leistung und Gegenleistung 15
3. Die besondere Ausgestaltung des Versicherungsvertrages als bedingtes Vertragsverhältnis 19
4. Die synallagmatische Natur des Versicherungsvertrages 19
5. Auswirkungen der besonderen Natur des Versicherungsvertrages 21
II. Das Verhältnis zum Obligationenrecht 22
1. Der Inhalt von Art. 100 VVG 22
2. Artikel 2 ZGB 23

2.Teil: Nebenpflichten und Obliegenheiten

§ 2 Nebenpflichten des Zivilrechts 24
I. Nebenpflichten 24
1. Das Schuldverhältnis 24
2. Inhalt der Nebenpflicht 25
3. Nebenpflichten bei bedingten Verträgen 27
4. Sogenannte Nebenpflichten vor oder ohne Vertragsabschluss sowie nach gehöriger Bewirkung der Hauptleistung 27
5. Verhältnis von Haupt- und Nebenpflichten 28
6. Rückführung insbesondere der unselbständigen Nebenpflichten auf den Grundsatz von Treu und Glauben 30
§ 3 Rechtsfolgen der Verletzung von Nebenpflichten 31
I. Nebenpflichten ohne Eigenzweck 31
1. Nichterfüllung 31
2. Rechtsfolgen 32
II. Nebenpflichten mit Eigenzweck 32
1. Allgemeines 32
2. Selbständige Nebenpflichten als obligationes faciendi 33
3. Rechtsfolgen 34
III. Beweislastverteilung 36
§ 4 Die Obliegenheiten 37
I. Verwendung des Begriffes Obliegenheit 38
II. Versicherungsrechtliche Obliegenheiten 38
1. Allgemeines 38
2. Arten von Obliegenheiten 39
III. Zweck der versicherungsrechtlichen Obliegenheit 39
IV. Das Interesse an dem durch die Obliegenheiten geforderten Verhalten 42
V. Rechtsnatur der versicherungsrechtlichen Obliegenheit 43

1. Die Voraussetzungs- und Verbindlichkeitstheorie 43
2. Die Obliegenheit als Pflicht minderer Zwangsintensität 44
3. Die versicherungsrechtliche Obliegenheit als Pflicht minderer Zwangsintensität und als echte Rechtspflicht 47
4. Terminologisches 49
VI. Abgrenzung der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten von ähnlichen Rechtsinstituten 49
1. Obliegenheit und Bedingung 49
2. Obliegenheit und Auflage 50
3. Obliegenheit und Voraussetzung 50
4. Obliegenheit und Ausschlussklausel 50
5. Obliegenheit und Herbeiführung des Versicherungsfalles 52
§ 5 Auswirkungen der Beziehung zwischen versicherungsrechtlichen Obliegenheiten und Hauptpflichten 56
I. Rechtsfolgen der Verletzung von Nebenpflichten als Begrenzung der Rechtsfolgen einer Verletzung von Pflichten minderer Zwangsintensität 56
II. Unselbständige und selbständige Obliegenheiten 57
1. Unselbständige Obliegenheiten 58
2. Selbständige Obliegenheiten 63
3. Anzeichen für eine derartige Unterscheidung in der Doktrin 63
III. Auswirkung der Unterscheidung von unselbständigen und selbständigen Obliegenheiten auf die möglichen Rechtsfolgen 64
1. Rahmen der Rechtsfolgen bei den unselbständigen Obliegenheiten 64
2. Rahmen der Rechtsfolgen bei den selbständigen Obliegenheiten 67
IV. Zusammenfassung 69

3. Teil: Die dolose Obliegenheitsverletzung und der pönale Gehalt der angedrohten Sanktion

§ 6 Die dolose Obliegenheitsverletzung 70
I. Absichtliche Verletzung einer Obliegenheit 70
II. Gesetzliche Regelung der Rechtsfolgen betrügerischer Obliegenheitsverletzung . 71
1. Die einzelnen Tatbestände 71
2. Gesetzlich vorgesehene Rechtsfolgen 73
§ 7 Rechtstheoretische Begründung der Leistungsfreiheit bei betrügerischer Obliegenheitsverletzung 75
I. Funktion des Verschuldens bei Obliegenheitsverletzungen 75
1. Allgemein im Zivil- und Strafrecht 75
2. Bei Obliegenheitsverletzungen im Versicherungsrecht 75
II. Rechtfertigung der Leistungsfreiheit bei betrügerischer Obliegenheitsverletzung 78
1. Rechtsunwürdigkeit des Obliegenheitsbelasteten 78
2. Pönaler Gehalt der Verwirkungssanktion 79
§ 8 Folgerungen aus der Präventivfunktion der Verwirkungsandrohung 80
I. Verallgemeinerung 80
II. Umschreibung der betrügerischen Verletzungshandlung 81
III. Wegfall des Kausalitätserfordernisses bei betrügerischer Obliegenheitsverletzung 85
IV. Der von der Leistungsfreiheit und von der Vertragsauflösung betroffene Personenkreis 85
1. Bei der Verwirkung 86
2. Bei der Vertragsauflösung 87
V. Bewusstsein um die betrügerische Handlung 87
VI. Beweislastverteilung 88
VII. Relativ zwingende Natur dieser Bestimmung 88
§ 9 Schadenersatz als Folge einer betrügerischen Obliegenheitsverletzung 89

4. Teil: Die gesetzliche und vertragliche Regelung der Rechtsfolgen

1. Abschnitt: Die gesetzliche Regelung

§ 10 Der Entwurf ROELLI und die darin enthaltenen Grundgedanken 91
I. Einzelne Obliegenheiten und Rechtsfolgen ihrer Verletzung 91
1. Anzeigepflicht gemäss Art. 31 des Entwurfes 91
2. Anzeigepflicht nach Eintritt des befürchteten Ereignisses gemäss Art. 39 des Entwurfes 92
3. Anspruchsbegründung gemäss Art. 40 des Entwurfes 92
4. Rettungspflicht gemäss Art. 59 des Entwurfes 93
5. Veränderungsverbot gemäss Art. 62 des Entwurfes 93
II. Grundgedanken 94
1. Die Relevanz 94
2. Die Verhältnismässigkeit 95
III. Das Alles-oder-nichts-Prinzip im Entwurf von ROELLI 96
§ 11 Die Rechtsfolgen nach dem VVG vom 2. April 1908 99
I. Erweiterung und Abänderung des Entwurfes durch den Gesetzgeber 99
1. Die zweite Kausalreihe bei der Gefahrserhöhung 99
2. Vertragliche Obliegenheiten zur Verminderung der Gefahr und zur Verhütung einer Gefahrserhöhung 101
3. Die Auskunfts- und Belegpflicht 102
4. Das Verschuldenserfordernis für vertraglich vereinbarte Rechtsfolgen 103
II. Auswirkung dieser Änderungen auf den Entwurf von ROELLI 103
III. Das Alles-oder-nichts-Prinzip im VVG von 1908 104
Exkurs: Das Alles-oder-nichts-Prinzip im dVVG 105
§ 12 Übersicht über die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen 107
I. Rechtsfolgen des VVG 107
1. Auflösung des Vertrages 107
2. Leistungsfreiheit des Versicherers 110
3. Kürzung des Versicherungsanspruches 112
4. Aufschub der Fälligkeit 114
5. Versicherungstechnische Korrektur 115
6. Schadenersatz als indirekte Folge einer Obliegenheitsverletzung 115
II. Die Rechtsfolgen verschiedener Spezialerlasse 116
1. Verordnung über Haftpflicht und Versicherung im Strassenverkehr vom 20. November 1959 116
2. Verordnung über Seeschiffahrt und Mustervertrag für die Versicherung von Schiffbesatzungen in der Seeschiffahrt 117

2. Abschnitt: Die vertragliche Regelung

§ 13 Vertragliche Regelung der Rechtsfolgen 119
I. Rechtsnatur der vertraglich begründeten Obliegenheit 119
II. Fehlende Regelung einer Verletzungsfolge 119
III. Mögliche Rechtsfolgen 121
§ 14 Die Rechtsfolgeregelung in den AVB verschiedener Versicherungsgesellschaften 121
I. Anzeige der Gefahrserhöhung 123
1. Sachversicherung 123
2. Unfallversicherung 125
3. Haftpflichtversicherung 127
4. Landwirtschaftliche Unfall und Haftpflichtversicherung 128
5. Krankenversicherung 129
6. Tendenzen der vertraglichen Regelung 129
II. Sorgfalts- und Sicherheitspflichten 130
1. Vertragliche Gestaltung der Sorgfalts- und Sicherheitspflichten 130

2. Regelung der Rechtsfolgen ... 132
3. Tendenzen der vertraglichen Regelung ... 134
III. Obliegenheiten nach dem Versicherungsfall ... 134
1. Sachversicherung ... 135
2. Unfallversicherung ... 135
3. Haftpflichtversicherung ... 138
4. Krankenversicherung ... 139
5. Tendenzen der vertraglichen Regelung ... 140
§ 15 Würdigung der in den AVB schweizerischer Versicherungsgesellschaften enthaltenen Rechtsfolgeregelungen ... 140
I. Allgemeines ... 140
II. Grundsätzlicher Verzicht auf das «Nichtgebundensein an den Vertrag» für gefahrspräventive und nach dem Versicherungsfall zu erfüllende Obliegenheiten 141
III. Verschiebung der Problematik der Rechtsfolgeregelung ... 142

5.Teil: Die Verhältnismässigkeit als grundlegendes Prinzip für die Rechtsfolgeregelung

§ 16 Verhältnismässigkeit ... 144
I. Privatautonomie und Verhältnismässigkeit ... 144
II. Das Verhältnismässigkeitsprinzip im privaten Versicherungsrecht ... 145
1. Allgemeines ... 145
2. Zumutbarkeit der Obliegenheitserfüllung ... 146
3. Angemessenheit der Rechtsfolge ... 147
III. Das Verhältnismässigkeitsprinzip im Sozialversicherungsrecht ... 147
§ 17 Das Kausalitätserfordernis ... 149
I. Grundsätzliches Fehlen des pönalen Charakters einer Rechtsfolgerung ... 149
II. Zweck und Kausalität ... 149
1. Zweck ... 150
2. Kausalität ... 152
III. Kausalität und Kausalitätsgrad ... 154
IV. Berücksichtigung der Kausalität und des Kausalitätsgrades durch den Richter .. 155
1. Berücksichtigung der Kausalität bei unselbständigen Obliegenheiten ... 155
2. Berücksichtigung des Kausalitätsgrades ... 156
V. Wegfall des Kausalitätserfordernisses bei betrügerischer Obliegenheitsverletzung und Verletzung einer selbständigen Obliegenheit ... 157
§ 18 Einstehenmüssen für Dritte ... 157

6.Teil und § 19: Richterliche Korrekturversuche

I. Einzelne Ansatzpunkte für eine Korrektur ... 158
1. Das Verschulden ... 158
a) Subjektiver Verschuldensbegriff ... 159
b) Verschuldensgrad ... 159
c) Unkenntnis der AVB ... 159
d) Kenntnis vom Versicherungsfall ... 159
e) Hilfsperson ... 160
f) Richterliche Berücksichtigung des Verschuldens trotz Dispositionsmaxime 160
2. Unklarheitsregel ... 161
3. Teilbarkeit des Versicherungsanspruches ... 161
4. Absende- und Empfangstheorie ... 162
5. Verzicht auf die Geltendmachung von Obliegenheitsverletzungen ... 162
6. Beweislastverteilung ... 162
7. Berufung auf Treu und Glauben oder Rechtsmissbrauch ... 163
8. Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung ... 163
9. Belehrung des VN ... 164
II. Kumulation von Korrekturgründen ... 164

Literaturverzeichnis

Barth Hans-Rudolf, Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung, Diss. Zürich 1958.

Becker Hermann, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. A., Bern 1941.

Bossard Damian, Beitrag zur Versicherungsvertragstheorie, Diss. Bern 1950.

Bruck/Möller, Kommentar zum VVG, Bd. 1 §§ 1–48, Berlin 1961, Bd. 2 §§ 49–52, 1966, Zit.: Möller N. ... zu § ...

Bukow Heinz, Die Rechtsbelehrung des Versicherungsnehmers, in Geburtstagsschrift für E. Prölls, München 1967, S. 137 ff.

von Büren Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

de Buren René, La Loi sur le Contrat d'Assurance doit-elle être revisée ?, Schweizerischer Juristenverein, Referate und Mitteilungen, Heft 2, Basel 1962.

Corneille Gaston, Gefahrsprävention und Gefahrsverminderung in der Privatversicherung, Diss. Bern 1952.

Diener Peter, Verminderung von Gefahr und Schaden im Versicherungsvertragsverhältnis, Diss. Bern 1970.

Dolder Adolf, Die Haftung des Versicherungsnehmers für Hilfspersonen, Diss. Bern 1937.

Egger August, Zürcher Kommentar, Einleitung und Personenrecht, 2. A., Zürich 1930.

Ehrenzweig Albert, Deutsches/österreichisches Versicherungsvertragsrecht, Wien 1952.

Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 2, Tübingen 1958.

Ermann, Handkommentar zum BGB, 3. A., Münster 1962.

Frank Fritz, Die versicherungsrechtliche Anzeigepflicht nach Eintritt des befürchteten Ereignisses, Diss. Bern 1952.

Gantenbein Burkhard, Die ausserordentliche Beendigung des Versicherungsvertrages, Diss. Zürich 1939.

Gaugler Hans, Die Grundidee der Versicherung und ihre Bedeutung für die Rechtsfindung in Versicherungsstreitigkeiten, Festschrift 75 Jahre Basler Lebensversicherung.

Gautschi Georg, Berner Kommentar, der Werkvertrag, Bern 1967, Der einfache Auftrag, Bern 1960, Der Kreditbrief ... Bern 1964, Besondere Auftragsverhältnisse ..., Bern 1962.

– Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen, in Festschrift für Karl Oftinger, Zürich 1969. Zit.: Gautschi, Festgabe ...

Grob Kurt, Die Selbstbeteiligung des Versicherten im Schadenfall, Diss. St. Gallen 1967.

Guhl Theo, Das schweizerische Obligationenrecht, 5. A., Zürich 1956.

Haidinger Oskar, Die Gerechtigkeitsmaxime bei der rechtlichen Gestaltung der Vertragsversicherung, in Geburtstagsschrift für E. Prölls, München 1967, S. 197 ff.

Hainard Paul, Der rechtlich zulässige Inhalt des Versicherungsvertrages, Diss. Zürich 1957.

Hedinger Rudolf, Versicherungstechnische Prinzipien im schweizerischen Versicherungsvertragsgesetz, Diss. Zürich 1957.

Heinz-Bommer Cornelia, Die Annahmepflicht des Käufers, Diss. Bern 1970.

Hellner Jan, Risikobegrenzung und Obliegenheit, VersArch *1956* 77 ff.

– Leistungsfreiheit des Versicherers wegen Obliegenheitsverletzungen bei der Schadensermittlung, in Geburtstagsschrift für E. Prölls, München 1967, S. 205 ff.

von Hippel Eike, Verwirkung des Versicherungsschutzes bei Obliegenheitsverletzungen nach dem Versicherungsfall, in NJW *1969* 1694 ff.

Karrer Cäsar, Die durch den Eintritt des befürchteten Ereignisses bedingten Rechte und Pflichten des geschädigten Dritten und der Vertragsparteien ..., Diss. Basel 1943 (Maschinenschrift).

Keller Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Bern 1970. Zit.: A. Keller.

KELLER MAX, Kommentar zum VVG, die allgemeinen Bestimmungen, Bern 1968.
KERN AUGUST, Die Rechtsnatur der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten, Diss. Freiburg 1949.
KLAIBER GEBHARD, Die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung des Versicherungsnehmers, in VersR *1966* 713 ff.
KOENIG WILLY, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A., Bern 1967. Zit.: KOENIG S....
– Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig?, Schweizerischer Juristenverein, Referate und Mitteilungen, Heft 2, Basel 1962. Zit.: KOENIG, Revisionsbedürftigkeit S....
– Gesetz und Vertrag als Rechtsquellen der Privatversicherung, in ZBJV *91* bis 389 ff.
– Automatik und Arithmetik im Versicherungsvertragsverhältnis, in Festgabe Karl Oftinger, Zürich 1969, S. 133 ff. Zit.: KOENIG, Automatik und Arithmetik, S....
KRÖGER DETLEV, Nebenleistungen bei gegenseitigen Verträgen, Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht, Heft 2, Stuttgart 1935.
KUMMER MAX, Berner Kommentar, Einleitung zu Art. 8, Bern 1962.
KUNZ MARKUS, Das absolut zwingende Recht des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, Diss. Bern 1970.
KURMANN ROBERT, Betrügerische Handlungen des Versicherungsnehmers, Diss. Bern 1944.
Materialien, Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag mit Motiven, verfasst von ROELLI, Bern 1896. Zit.: ROELLI, Motive I (Vorlage Januar) und Motive II (Vorlage August).
– Die Vorarbeiten, verfasst von ROELLI, Basel 1899.
– Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag.
– Protokolle der technischen, juristischen und wirtschaftlichen Subkommission.
– Protokoll der Gesamtexpertenkommission 1896 und 1901. Zit.: Prot. Ges. EK.
– Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
  – 1905 März–Juni Zit.: StenBull *1905*
  – 1907 Nationalrat Zit.: StenBull NR *1907*
  – 1907 Ständerat Zit.: StenBull SR *1907*
– Protokoll der Beratung der nationalrätlichen Kommission 1906–1907. Zit.: Prot. NR Komm.
– Protokoll der Beratung der Ständeratskommission 1904–1905. Zit.: Prot. SR Komm.
MAYR HUGO, Die Behandlung versicherungsrechtlicher Fehlertatbestände, Diss. Bern 1948.
MERZ HANS, Berner Kommentar, Einleitung zu Art. 2 ZGB, Bern 1962. Zit.: MERZ N....
– Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 95, Karlsruhe 1970.
MINNIER ROLF PETER, Das Alles-oder-nichts-Prinzip bei Obliegenheitsverletzungen im Privatversicherungsrecht, Diss. Göttingen 1967.
OFTINGER KARL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 3. A., Zürich 1969.
OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Erster Halbband, Art. 1–183 OR, 2. A., Zürich 1929.
OSTERTAG/HIESTAND, Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2. A., Zürich und Leipzig 1928.
RAISER ROLF, Rechtsunwürdige Versicherungsnehmer?, in Geburtstagsschrift E. Prölls, München 1967, S. 265 ff.
REUTLINGER HEINRICH, Die Anzeigepflicht im Vertragsrecht, eine Nebenpflicht nach Treu und Glauben, Diss. Zürich 1948.
ROELLI HANS (siehe auch unter Materialien), Der schweizerische und der deutsche Entwurf zur Kodifikation des privaten Binnenversicherungsrechtes, Sonderabdruck aus ZVersWiss, Berlin
– Kommentar zum VVG, Bd. I, Art. 1–47, Bern 1914. Zit.: ROELLI N....
ROELLI/JAEGER, Bd. II–IV, Art. 48–72, 73–103 und Einleitung, Bern 1932 bzw. 1933. Zit.: JAEGER N...
ROELLI/KELLER, Bd. I, Allg. Bestimmungen, 2. A. 1968, vgl. KELLER MAX.

SCHMIDT REIMER, Die Obliegenheiten, Veröffentlichungen des Seminars für Versicherungswissenschaft, Hamburg, N. F. Heft 9, Karlsruhe 1953, Zit.: REIMER SCHMIDT S. ...
– Mündliches und schriftliches Generalreferat, Zweiter Weltkongress für Versicherungsrecht, Bd. IV, Karlsruhe 1967. Zit.: REIMER SCHMIDT, Generalreferat, S. ...
– Die Verhütung der Gefahrverwirklichung und des Schadens im Versicherungsvertragsrecht, II. Teil, ZVersWiss *1968* 81 ff. Zit.: Verhütung.
SCHMIDT-RIMPLER WALTER, Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere beim Versicherungsvertrag; Abhandlungen aus dem Gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Heft 36, Stuttgart 1968.
SCHNEIDER KONRAD, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des BGB, München 1902.
SCHÖNENBERGER WILHELM, Die Bedeutung des eigenen und fremden Verschuldens für den Versicherungsnehmer, Diss. Freiburg 1923.
SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Kommentar, Das Obligationenrecht, 1. und 2. Lieferung, Zürich 1961 bzw. 1968. Zit.: JÄGGI N ...
SCHUPPISSER HEINRICH, Die grobfahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles nach Art. 14 Abs. 2 VVG, Diss. Bern 1964.
SCHWANDER VITAL, Das schweizerische Strafgesetzbuch, 2. A., Zürich 1964.
Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Einleitung und Personenrecht, Basel und Stuttgart 1967 (Einleitung bearbeitet von HENRI DESCHENAUX).
SOERGEL/SIEBERT, Kommentar zum BGB, Bd. 2, 10. A., Stuttgart 1967, Beiträge von REIMER SCHMIDT (vor § 241) und KNOPP (§ 242). Zit.: SOERGEL/SIEBERT N ...
SPIRO KARL, Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden? *ZBJV* 88 449 ff. und 497 ff.
VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. A. Zürich 1942 bzw. 1944.
WANNAGAT GEORG, Der Verschuldensbegriff im deutschen Recht der sozialen Sicherheit, SZS *1970* 85 ff.
Weltkongress für Versicherungsrecht, Einfluss des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesicherte Gefahrtragung, Karlsruhe 1967. Zit.: Weltkongress.
WERBER MANFRED, Die Gefahrserhöhung..., Veröffentlichungen des Seminars für Versicherungswissenschaft Hamburg, Karlsruhe 1967.
WEYERMANN WALTHER, Die versicherungsrechtliche Obliegenheit nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Diss. Bern 1929.
ZINGG CHARLES, Die Befreiung des Versicherers von der Leistungspflicht..., Diss. Bern 1926.

Periodika

JRPV	Juristische Rundschau für die Privatversicherung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Sem jud	Semaine judiciaire
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SVZ	Schweizerische Versicherungszeitschrift
VersArch	Versicherungsarchiv (Bezeichnung für ZVersWiss 1955–1959).
VersR	Versicherungsrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

Abkürzungen

AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
At	Anspruchsberechtigter
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGH	Entscheidungen des Deutschen Bundesgerichtshofes
dVVG	Deutsches Versicherungsvertragsgesetz
EVGE	Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes
l. Sp. u.	linke Spalte unten
r. Sp. o.	rechte Spalte oben
LG	Landgericht
OLG	Oberlandesgericht
SVA	Entscheidungen schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten, Sammlungen herausgegeben vom Eidgenössischen Versicherungsamt
VN	Versicherungsnehmer

Problemstellung

Der Versicherungsvertrag beinhaltet als besonderer schuldrechtlicher Vertrag verschiedene Verhaltensvorschriften, die der VN oder At erfüllen muss, wenn er den beim Eintritt des befürchteten Ereignisses entstandenen Versicherungsanspruch ungeschmälert geltend machen will. Diese Verhaltensvorschriften, die als versicherungsrechtliche Obliegenheiten bezeichnet werden, sind entweder gesetzlich oder vertraglich geregelt. Auch die Rechtsfolgeregelung für den Fall einer Obliegenheitsverletzung ist meist im Gesetz oder im Vertrag enthalten.

Verschiedentlich[1] wurde nun als Mangel des Gesetzes aufgeführt, dass es keinen das ganze Gesetz durchdringenden Leitgedanken enthalte. Zu einem solchen Schluss gelangt man, wenn der einzelne Obliegenheitstatbestand isoliert für sich betrachtet und zudem an einer wörtlichen Interpretation hängengeblieben wird.

Versucht man hingegen, ausgehend vom Zweck der Obliegenheiten und deren Stellung im Vertragsverhältnis, diese im Gesamtzusammenhang zu erfassen, so ergeben sich bestimmte Grundprinzipien, die als übergeordnete Faktoren bei der Bestimmung des Obliegenheitsinhaltes, der Voraussetzungen einer relevanten Obliegenheitsverletzung und der Verletzungsrechtsfolge zur Anwendung gelangen müssen. Selbst wenn dem Gesetzgeber vorgeworfen werden könnte, diese übergeordneten Prinzipien nicht erkannt zu haben, bedeutet das keineswegs, dass sie nicht heutzutage angewandt werden müssen; denn ausschlaggebend für den Inhalt eines Gesetzes ist nicht der Sinn, den ihm der Gesetzgeber bei der Entstehung gab, sondern derjenige, der ihm heutzutage zugemessen werden darf. Ein Gesetz trägt wohl die Züge seiner Zeit, es wandelt sich aber mit der Zeit[2].

Zweck der vorliegenden Arbeit ist nun, derartige Leitgedanken zu ermitteln und diese auf die nach dem Vertragsabschluss zu erfüllenden Obliegenheiten[3] und deren Verletzungsrechtsfolge anzuwenden. Dabei ist unerlässlich, dass ähnliche Institute des allgemeinen Schuldrechts und deren Verletzungsrechtsfolgen mitberücksichtigt werden; denn eine Würdigung im Gesamtzusammenhang darf sich nicht ausschliesslich auf das Versicherungsvertragsrecht beschränken.

Der Vollständigkeit halber sind auch die in den AVB der Versicherungsgesellschaften enthaltenen Obliegenheitstatbestände zu untersuchen, eventuelle Tendenzen in der vertraglichen Gestaltung festzustellen und sie dahingehend zu würdigen, ob sie mit den festgestellten Grundprinzipien übereinstimmen. Abschlies-

[1] Vgl. statt vieler MAYR S. 7.
[2] LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 240.
[3] Die Gefahrsdeklaration gemäss Art. 4 ff. VVG wird somit, da sie eine vorvertragliche Anzeigepflicht ist, nicht berücksichtigt.

send ist noch ein Blick zu werfen auf diejenigen Ansatzpunkte, gestützt auf die die Gerichtspraxis versuchte, allzuhart scheinende Rechtsfolgeregelungen zu mildern.

1. Teil: Der Versicherungsvertrag

§ 1 Natur des Versicherungsvertrages und Stellung innerhalb der Privatrechtsordnung

I. Natur des Versicherungsvertrages

1. Begriff des Versicherungsvertrages

In der Literatur sind zahlreiche Definitionen des Versicherungsvertrages vertreten worden[1]. Dies deshalb, weil der Versicherungsvertrag inhaltlich durch versicherungstechnische Gegebenheiten eine bestimmte Ausgestaltung erfährt.

Das schweizerische VVG vermeidet es, eine Definition aufzustellen, ebenso das dVVG; hingegen enthält § 1 des dVVG – entgegen dem zu engen Marginale – indirekt eine Grundlage für die Umschreibung des Versicherungsvertrages als Vertrag, bei dem die eine Partei der anderen gegen Entgelt eine Vermögensleistung für den Fall verspricht, dass ein Gegenstand von einem Gefahrsereignis betroffen wird[2].

Diese Definition genügt der Anforderung, eine brauchbare Abgrenzung zu anderen Verträgen zu finden. Das Herbeiziehen versicherungstechnischer Einzelheiten ist unnötig und führt nur zu falschen Auffassungen bezüglich Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag[3]. Hingegen sind diese versicherungstechnischen Gegebenheiten[4] massgebend für die Ausgestaltung der einzelnen Rechte und Pflichten.

2. Leistung und Gegenleistung

Aus der Umschreibung des Versicherungsvertrages geht hervor, dass der Versicherer verpflichtet ist, jemandem eine Vermögensleistung dann zu erbringen, wenn ein Gegenstand von einem Gefahrsereignis betroffen wird. Diese Vermögensleistung ist Gegenstand der Forderung des VN oder At. Über die Leistung des VN besteht Klarheit. Gemäss Art. 18 Abs. 1 VVG ist er zur Bezahlung der Prämie verpflichtet. Worin aber die Leistung des Versicherers besteht, ist Gegen-

[1] Vgl. JAEGER N 56 ff. Einleitung; BOSSARD S. 54 ff.; EHRENZWEIG S. 56 ff.; MÖLLER N 51 zu § 1.
[2] KOENIG S. 31.
[3] Vgl. KOENIG S. 35 bei N 2.
[4] So z. B. die Verwirklichungswahrscheinlichkeit und die Schadenerwartung als Schätzung der voraussichtlichen Belastung des Versicherers; vgl. HEDINGER S. 16 ff. und BOSSARD S. 14/15.

stand von Kontroversen, die seit ihrem Aufkommen mit dem Versicherungsvertrag nicht beigelegt werden konnten. In der Regel wird dabei der Gefahrtragungstheorie die Leistungstheorie gegenübergestellt[5]. Im folgenden sei nun auf diese Theorien eingegangen, ist doch von erheblicher Bedeutung für die nähere Bestimmung von Obliegenheiten, worin die Leistung des Versicherers besteht.

a) Gefahrtragungstheorie[6]

Nach dieser Theorie verspricht der Versicherer als Gegenleistung zur Prämie, die Gefahrtragung zu übernehmen. Darunter wird die Übernahme «eines, wenn auch zweifelhaften Minusbestandteils aus dem Vermögen des Versicherten auf das Vermögen des Versicherers» oder die «Übernahme der sich aus einer bestimmten Gefahrslage ergebenden Möglichkeit der Entstehung eines Bedarfs» verstanden[7]. Das heisst, das Risiko, dass der versicherte Gegenstand von dem Ereignis betroffen wird, für das Versicherungsschutz gewährt wird, trägt der Versicherer[8].

Diese Theorie wurde deshalb aufgestellt, weil axiomatisch angenommen wurde, der Versicherungsvertrag sei ein synallagmatisches Vertragsverhältnis und somit müsse bereits während der Dauer des Versicherungsvertrages eine Leistung von seiten des Versicherers erbracht werden; denn es bestehe ja die Möglichkeit, dass kein Versicherungsfall während der Vertragsdauer eintrete, und dann hätte der Versicherer überhaupt keine Leistung erbringen müssen[9].

Bruck[10] versuchte der Gefahrtragung sogar einen klagbaren Inhalt zu geben, indem er darunter «die dauernde und wirksame Leistungsbereitschaft des Versicherers für den Fall des Eintritts des Versicherungsfalles durch die nötigen technischen Vorkehren» verstanden wissen wollte. Möller[11] ist diesbezüglich gleicher Ansicht, gesteht aber, dass möglicherweise das rechtliche Interesse an einer Klage auf diese Leistungen entfallen könne wegen öffentlich-rechtlicher Schutzbestimmungen.

Bei der Einbeziehung der nach dem Versicherungsfall vom Versicherer zu erbringenden Versicherungsleistung geraten die Vertreter der Gefahrtragungstheorie in ihrer Konstruktion in etwelche Schwierigkeiten. Möller[12], wohl der tiefgründigste Vertreter der Gefahrtragungstheorie, sucht dies durch die Annahme zu überbrücken, dass die Gefahrtragungsleistung aus einem latenten Zustand bei

[5] Koenig S. 97.
[6] Vgl. Zusammenstellung der Anhänger der Gefahrtragungstheorie bei Möller N 44 zu § 1.
[7] Vgl. Jaeger N 61 Einleitung.
[8] Der Begriff Gefahr in diesem Sinne deckt sich somit nicht mit dem Gefahrsbegriff des Art. 33 VVG, denn hier ist unter Gefahr die abstrakte Möglichkeit des Eintrittes eines schädigenden Ereignisses zu verstehen; vgl. Koenig S. 158.
[9] Vgl. Koenig S. 97; Schmidt-Rimpler S. 14.
[10] Bruck, Wirtschaft und Recht der Versicherung, 64. Jahrg., Nr. 2, Berlin 1932, S. 18 ff.
[11] Möller N 41 zu § 1.
[12] Möller N 42 zu § 1.

Eintritt des Versicherungsfalles in einen akuten übergehe. Mit anderen Worten: im Augenblick des Versicherungsfalles soll eine Konkretisierung der Gefahrtragungsleistung stattfinden. Mit dieser Umschreibung ist aber keine Erklärung gegeben, vielmehr weist sie darauf hin, dass bei den bedingten Rechtsgeschäften eine ganz ähnliche, um nicht zu sagen, gleiche Situation besteht[13].

Geht man von dem Rechtsfolgewillen der vertragschliessenden Parteien aus, so sieht man, dass der VN wohl kaum seine Prämie dafür bezahlt, dass der Versicherer die Gefahr trägt, sondern deshalb, weil er bei Eintritt des Versicherungsfalles vom Versicherer eine bestimmte Leistung verlangen kann. Vom VN aus betrachtet ist das Erbringen der Versicherungsleistung nach Eintritt des befürchteten Ereignisses die Gegenleistung des Versicherers.

Diesen Zwiespalt erkannte u.a. GUHL[14], der die Gefahrtragung juristisch als Gegenleistung, wirtschaftlich aber die Zahlung der Versicherungssumme als Hauptleistung des Versicherers bezeichnete. Gerade gegenteilig argumentierte JAEGER[15]. Er sah in der Aufnahme des VN in die vom Versicherer «gesammelte Gefahrengemeinschaft» eine präsente Leistung des Versicherers, wobei aber die Übernahme der Gefahrtragung nur ein wirtschaftlicher, nicht aber ein juristischer Ausdruck für die Eingehung der bedingten oder betagten Verpflichtung des Versicherers zum Ersatz des Schadens oder Bezahlung der Versicherungssumme beim ungewissen Eintritt des Versicherungsfalles sei.

b) Leistungstheorie[16]

Die Unterscheidung in Leistungs- und Gefahrtragungstheorie ist nicht sehr präzise, handelt es sich doch bei dieser ebenfalls um eine Leistung. Auch der Begriff Geldleistungstheorie[17] ist nicht unbedingt zutreffend, da die Versicherungsleistung auch in der Form von Realersatz erbracht werden kann[18]. Im Gegensatz zur Gefahrtragungstheorie wird unter dem Begriff Leistung bei der Leistungstheorie die Leistung des Versicherers nach Eintritt des befürchteten Ereignisses verstanden, die regelmässig in Geld besteht. Diese Leistung wird aber erst nach Eintritt des Versicherungsfalles erbracht; sie ist mit andern Worten abhängig von einem ungewissen, zukünftigen Ereignis[19]. Diese Theorie führt dann zu Schwierigkeiten, wenn die Bedingung während der Vertragsdauer nicht eintritt. Denn dann hat der VN seine Leistung erbracht, ohne die Gegenleistung

[13] Vgl. SCHMIDT-RIMPLER S. 22.
[14] GUHL S. 419, 1. A., Bern 1933; anders 5. A. S. 847/848.
[15] JAEGER N 63 Einleitung.
[16] Vgl. Zusammenstellung über die Gegner der Gefahrtragungstheorie bei MÖLLER N 45 zu § 1.
[17] MÖLLER N 43 zu § 1.
[18] KOENIG S. 381.
[19] Dieses Umschreibung gilt auch für die Summenversicherung, wo der Bedingungseintritt an und für sich gewiss ist, hingegen der Zeitpunkt des Eintrittes ungewiss. KELLER (S. 16) führt diesbezüglich aus: «Der Versicherer muss sich zu einer Leistung verpflichten, die an die Bedingung des Eintrittes eines bestimmten befürchteten Ereignisses geknüpft ist.»

des Versicherers beanspruchen zu können[20]. Dies ist der Besonderheit des Versicherungsvertrages als aleatorischer Vertrag zuzuschreiben. Ähnliches kommt auch bei anderen Verträgen vor, wie zum Beispiel bei der Einräumung eines entgeltlichen Vorkaufsrechtes, wobei es keinen Unterschied macht, ob man diesen Vertrag als doppelt bedingten Kaufvertrag auffasst oder als Vertrag über die Einräumung eines Gestaltungsrechtes, denn so oder so liegt in der Abhängigkeit vom Vorkaufsfall eine Bedingung[21].

c) Zusammenhang zwischen der Leistung des Versicherers beim Versicherungsfall und der Gefahrtragung

Ohne im Sinne einer Alternativlösung abschliessend zu den erwähnten Theorien Stellung nehmen zu wollen, sei vielmehr untersucht, ob neben der vom Versicherer beim Versicherungsfall zu erbringenden Leistung noch Platz ist für eine Gefahrtragung.

Auszugehen ist von der Feststellung, dass die Leistungspflicht des Versicherers bedingt ist. Funktion einer Bedingung ist definitionsgemäss das Abhängigmachen der Wirkungen eines Rechtsgeschäftes vom Eintritt bzw. Wegfall dieser Bedingung. Diese Funktion kann aber nicht als Gegenleistung für die Prämie betrachtet werden, weil sonst zweierlei Dinge einander gegenübergestellt würden; denn dem durch die Bedingung geschaffenen Zustand müsste ebenfalls der durch die Prämie geschaffene Zustand gegenübergestellt werden. Dieser Zustand besteht aber darin, dass durch die Prämienzahlung dem Versicherer die Möglichkeit geboten wird, ein Ausgleichsvermögen zu bilden, aus dem die Versicherungsleistungen bezahlt werden können[22]. In aller Schärfe zieht SCHMIDT-RIMPLER diese Unterscheidung[23]: «Dieser Vertrag geht mithin technisch nicht auf Gefahrtragung als Leistung, sondern auf die Versicherungsleistung, aber er verwirklicht funktionell ‚Gefahrtragung' durch den Versicherer; es besteht keine Verpflichtung zur Gefahrtragung, sondern die bedingte Leistungspflicht ist – funktionell gesehen – selbst Gefahrtragung.»

Die Gefahrtragungstheorie zeigt uns somit auf, worin die Funktion des Versicherungsvertragsverhältnisses besteht, nicht aber, was der Gegenstand der vom Versicherer geschuldeten Leistung ist[24]. Es ist deshalb nicht falsch, von Gefahrtragung zu sprechen, wenn man sich bewusst ist, dass es sich um die Bezeichnung der Funktion des Versicherungsvertrages, nicht aber um die Gegenleistung des Versicherers handelt.

[20] Gerade dies bietet den Ansatzpunkt für die Gefahrtragungstheorie.

[21] HANSPETER BRENNER Das Vorkaufsrecht an beweglichen Sachen und Wertpapieren, Diss. Basel 1951, S. 42 ff.; weitere Beispiele sind: emptio spei, Lotterievertrag.

[22] SCHMIDT-RIMPLER S. 54.

[23] SCHMIDT-RIMPLER S. 54.

[24] SCHMIDT-RIMPLER S. 55.

3. Die besondere Ausgestaltung des Versicherungsvertrages als bedingtes Vertragsverhältnis

Das schweizerische Obligationenrecht zeigt nur einen möglichen Aspekt der Bedingungen in bezug auf die Wirksamkeit eines Vertragsverhältnisses auf. Sowohl bei Eintritt oder Ausfall einer Suspensivbedingung wie auch einer Resolutivbedingung wird der Vertrag als solcher tangiert, sei es, dass er aus dem Schwebezustand in einen unbedingten Zustand übergeht, sei es, dass sämtliche Verpflichtungen wegfallen. Unberücksichtigt blieb aber der Zustand, bei dem eine der Leistungen aus einem Vertragsverhältnis unbedingt erbracht wird, die andere hingegen nur bedingt[25]. Das deutsche BGB[26] lässt dem Wortlaut nach schon eher eine derartige Konstruktion zu, ist doch nicht die Rede von Vertrag, sondern von Rechtsgeschäft, so dass ohne weiteres gefolgert werden kann, dass bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft nur die eine Leistung bedingt stipuliert werden kann[27]. Denn wenn schon ein Vertrag als zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann, muss doch a maiore minus möglich sein, dass nur die einte der gegenseitigen, auf rechtliche Wirkung gerichteten Willensäusserungen bedingt ist. Die Zulassung eines einseitig bedingten Vertragsverhältnisses entspricht dem Grundsatz der Privatautonomie und ist im übrigen angesichts der verschiedenen Beispiele aus der Praxis[28] als erwiesen anzunehmen. Fraglich wird dadurch aber, ob es sich um einen synallagmatischen Vertrag handle oder nicht.

4. Die synallagmatische Natur des Versicherungsvertrages

Betrachtet man das Erbringen der geschuldeten Leistung als die Gegenleistung des Versicherers nach dem Eintritt des befürchteten Ereignisses, so stellt sich die Frage, ob der Versicherungsvertrag ein synallagmatischer Vertrag sei oder nicht. Anhänger der Gefahrtragungstheorie können dies ohne weiteres bejahen, währenddem sich die Vertreter der Leistungstheorie vor etwelche Probleme gestellt sehen.

Schuldverträge können eingeteilt werden in einseitige und gegenseitige, je nachdem dadurch Verbindlichkeiten auf einer oder mehreren Seiten erzeugt werden[29] Das gegenseitige Schuldverhältnis ist nach Oser/Schönenberger identisch mit

[25] OR 151 ff.

[26] BGB § 158.

[27] vgl. Schmidt-Rimpler S. 67: «... und diese Problematik hat die gesetzliche Regelung des Synallagmas im BGB nicht berücksichtigt. Sie geht von beiderseits unbedingten Verpflichtungen oder von beiderseits durch dieselbe Bedingung bedingten, also einem bedingten gegenseitigen Vertrage aus und wird deshalb der besonderen Sachlage des Versicherungsvertrages, wie überhaupt der einseitig bedingten gegenseitigen Verträge, nicht voll gerecht.»

[28] Vorne S. 18 bei N 21 und Weyermann S. 31.

[29] Oser/Schönenberger N 68 zu Vorbem. 1–40 Art.

dem synallagmatischen, wobei ein genetisches Synallagma – die erzeugten Verbindlichkeiten stehen als Leistung und Gegenleistung beim Abschluss des Vertrages in einem Austauschverhältnis – und ein funktionelles – Austauschverhältnis bei der Erfüllung – unterschieden werden können[30]. Auch VON THUR/SIEGWART[31] verstehen unter einem wesentlich zweiseitigen Vertrag einen Vertrag, dessen Zweck im Austausch zweier Leistungen besteht und erwähnen, dass man wegen dieses Austausches im gemeinen Recht mit einem griechischen Ausdruck von synallagmatischen Verträgen gesprochen habe. JÄGGI[32] setzt den Begriff zweiseitiger Vertrag dem synallagmatischen gleich.

Eine befriedigende dogmatische Bestimmung des Begriffes des Synallagmas fehlt hingegen[33]. Doch darf dieses Fehlen nicht dazu führen, dass der anerkannte Zusammenhang zwischen genetischem und funktionellem Synallagma aufgespalten wird und bereits bei blossem Vorliegen des genetischen Synallagmas die Gegenseitigkeit des Versicherungsvertrages bejaht wird. Die Verfechter dieser Ansicht gelangten zwangsläufig dazu, einen Unterschied zu ziehen zwischen dem gegenseitigen und dem synallagmatischen Vertrag[34], indem sie unter dem gegenseitigen Vertrag einen beidseitig unbedingten verpflichtenden Vertrag, unter synallagmatischen Vertrag hingegen einen Austausch von Leistungsversprechen mit unbedingter oder bedingter Leistungspflicht verstanden wissen wollen. Diese Ansicht scheint doch allzu theoretisch zu sein, geht es doch den Vertragsparteien nicht nur darum, das Versprechen der anderen Partei zu erhalten, sondern in erster Linie um die Leistung[35]; der Versicherer will die Prämie, der VN oder At die Versicherungsleistung bei Eintritt des befürchteten Ereignisses. Tritt das befürchtete Ereignis nicht ein, so hat der VN oder At auch keine Veranlassung, die Leistung zu verlangen. Ähnlich liegen die Verhältnisse bei einem Kaufvertrag, bei dem nach Art. 185 OR die Gefahr schon bei Abschluss oder zumindest bei Ausscheidungen der Kaufsache auf den Käufer übergeht. Geht diese Kaufsache nun unter, ohne dass der Verkäufer dafür einstehen müsste, so ist er von seiner Leistungspflicht befreit; trotzdem liegt aber ein gegenseitiger Vertrag vor. SCHMIDT-RIMPLER[36] umschreibt dies für den Versicherungsvertrag wie folgt; «bei Ausfall der Bedingung fehlt das Leistungsinteresse deswegen, weil das Ziel der Vermögensgestaltung, gerade wegen des Ausfalls der Bedingung anderweitig erreicht wird... Die unbedingt versprochene Leistung sei also auch richtig, wenn mangels

[30] OSER/SCHÖNBERGER ebenda.
[31] VON THUR/SIEGWART S. 139.
[32] JÄGGI N 118 zu Art. 1.
[33] So SCHMIDT-RIMPLER S. 55; mit einem Ausblick auf die in Deutschland vertretenen Ansichten.
[34] RICHARD KOCH. Das Synallagma des Versicherungsvertrages, Diss. Zürich 1958, S. 18/19.
[35] Es wurde sogar die Ansicht vertreten, der Versicherer verpflichte sich, sich bedingt durch den Versicherungsfall zur Versicherungsleistung zu verpflichten (vgl. SCHMIDT-RIMPLER S. 37).
[36] SCHMIDT-RIMPLER S. 63.

Eintritt der Bedingung die bedingt versprochene nicht erfolge.» Erachten die Parteien es als richtig, dass die eine ihre Leistung unbedingt erbringt, die andere aber nur bei Eintritt einer Bedingung, so kann dem Versicherungsvertrag die synallagmatische Natur nicht abgesprochen werden. Das heisst unter den Begriff gegenseitiger bzw. synallagmatischer Vertrag ist auch ein Vertrag einzureihen, bei dem die eine der gegenseitigen Leistungen nur bedingt versprochen wird[37].

5. Auswirkungen der besonderen Natur des Versicherungsvertrages

Steht demnach die Rechtsnatur des Versicherungsvertrages als einseitig bedingter, gegenseitiger Vertrag fest, so bleibt zu untersuchen, was für Auswirkungen diese besondere Vertragsausgestaltung mit sich bringt.

a) Die Äquivalenz

Die Tatsache, dass die Gegenleistung nur bei Eintritt der Bedingung geleistet werden muss, hat auch Auswirkungen auf die zu bezahlende Versicherungsprämie. Bereits die Ungewissheit um die Gefahrverwirklichung[38] und damit um die Leistungspflicht des Versicherers hat zur Folge, dass ein rein zahlenmässiges Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung nicht bestehen kann[39]. Daneben ist auch die Intensität der Gefahrverwirklichung in jedem einzelnen Falle anders. Aufgabe des Versicherers ist es nun, seine potentielle finanzielle Belastung annähernd zu ermitteln und die entsprechende Prämie festzusetzen[40]. Bei diesem Vorgang wird nun auch berücksichtigt, dass nicht ein einzelner VN sich in einer bestimmten Risikenklasse befindet, sondern eine Mehrheit von VN, die sogenannte Gemeinschaft der Versicherungsnehmer. Ist auf diesem Wege die Prämie ermittelt, so kann ihr die Äquivalenz zu der vom Versicherer bedingt zu erbringenden Gegenleistung nicht abgesprochen werden[41]. Dies beinhaltet auch die Umschreibung, die Prämie sei das «vereinbarte Risikoentgelt»[42]. Koenig[43] führt aus, dass die Leistung des Versicherers eine durch Vereinbarung festumschriebene Vertragsleistung sei und dabei vom Prinzip der vertragsrechtlichen Äquivalenz ausgegangen werde. Das Äquivalenzprinzip beherrsche grundsätzlich alle Versi-

[37] So wohl auch Koenig S. 98; Schmidt-Rimpler S. 63; Jaeger N 63 bei b S. 106.
[38] Hedinger S. 13 ff.
[39] Gaugler S. 13.
[40] Botschaft S. 19; Schmidt-Rimpler S. 64; Hug SZS *1963* 17 bei N 2 und S. 194.
[41] Hedinger spricht in diesem Zusammenhang nicht von Äquivalenz, sondern von Ökonomie (S. 50 ff.). Dies dürfte aber darauf zurückzuführen sein, dass er in einem andern Zusammenhang (S. 27 ff.) (Verhältnis der von der VN-Gemeinschaft geleisteten Beträge zu den Ausgaben des Versicherers) bereits den Begriff Äquivalenz verwendet hat.
[42] Roelli N 1 zu Art. 18 S. 258. (Diesbezüglich ist zu beachten, dass die Stellungnahme von Roelli bez. Leistung des Versicherers schwankend ist; vgl. Roelli, Binnenversicherung, ZVersWiss S. 347, Roelli N 1 zu Art. 14/15 S. 194 und Roelli, Vorarbeiten, S. 93 und 116.)
[43] Koenig, Automatik und Arithmetik, S. 140.

cherungsarten. Überall komme die Proportionalität von Leistung und Gegenleistung zum Durchbruch[44].

b) Verhalten des VN oder At

Die Tatsache, dass es sich beim Versicherungsvertrag um einen einseitig bedingten, gegenseitigen Vertrag handelt, würde allein noch nicht besondere Verhaltensweisen[45] des VN oder At erfordern. Die Besonderheit aber, dass sich das Risiko im Lebensbereich des VN oder At befindet, hat zur Folge, dass der Versicherer nur dann auf dieses Risiko Einfluss nehmen kann, wenn dem VN oder At besondere Verhaltensvorschriften auferlegt werden. So ist z. B. die Anzeige des Versicherungsfalles überhaupt nicht wegdenkbar; aber auch andere Verhaltensvorschriften, wie z. B. die Anzeige der Gefahrserhöhung, die Auskunfts- und Belegpflicht, die Schadenminderungspflicht und das Veränderungsverbot sind unerlässlich. Ohne sie wäre eine Vertragsabwicklung, insbesondere aber das Erbringen der vom Versicherer geschuldeten Versicherungsleistung, gar nicht möglich.

Der besondere Charakter des Versicherungsvertrages verlangt demnach ein bestimmtes Verhalten des VN oder At, eine Mitwirkung; diese Mitwirkung muss sogar dann auf Grund ergänzender Auslegung des Gesetzes bzw. Vertrages als bestehend angenommen werden, wenn sie nicht ausdrücklich geregelt ist, denn sie ist für eine normale Vertragsabwicklung schlechthin unerlässlich.

II. Das Verhältnis zum Obligationenrecht

1. Der Inhalt von Art. 100 VVG

Der Versicherungsvertrag ist ein besonderer obligationenrechtlicher Vertrag, der in einem Spezialgesetz geregelt ist, das aber kein erschöpfendes Spezialgesetz sein will[46]. Insbesondere sind die allgemeinen verkehrsrechtlichen Fragen für den Versicherungsvertrag nicht besonders geregelt[47]. Dass nun der das Verhältnis zum OR festhaltende Artikel, der ursprünglich im VVG an erster Stelle stand, unter den Schlussbestimmungen aufgeführt wurde, ist im Hinblick darauf vorgenommen worden, dass Vorschriften, denen ein neues Gesetz derogiert, immer am Schlusse des Gesetzes aufgeführt werden sollen[48], und dass damit eindeutig die Priorität des VVG festgehalten werden sollte[49]. Demnach wird das OR subsidiär angewandt, wenn sinngemäss keine Regel des Spezialgesetzes zutrifft.

[44] Koenig, Automatik und Arithmetik, S. 145.
[45] Auf deren Rechtsnatur ist erst später einzutreten.
[46] Roelli, Vorarbeiten, S. 70.
[47] Ebenda.
[48] Prot. jur. Subkommission S. 4.
[49] Prot. SR Komm. S. 2.

2. Artikel 2 ZGB

Da das Obligationenrecht materiell ein Teil des Zivilgesetzbuches ist, sind auch die Einleitungsartikel zum ZGB auf das OR und demzufolge auch auf das Versicherungsrecht anwendbar. Art. 2 ZGB ist aber nicht etwa gemäss Art. 100 VVG erst dann anwendbar, wenn das Versicherungsvertragsgesetz keine Vorschrift enthält, denn damit liesse man den Inhalt dieser Norm unberücksichtigt. ZGB 2 enthält einen «Grundsatz allgemeinster Art»[50], eine «Schranke aller Rechtsausübung»[51], eine «grundlegende Norm der eidgenössischen Zivilrechtskodifikation»[52] und ist demnach auf das Versicherungsverhältnis nicht nur subsidiär anwendbar[53]. Dies darf aber nicht dazu führen, dass im Versicherungsbetrieb der Begriff der guten Treue eine übermässige Betonung erfährt[54]. Trotzdem muss aber Treu und Glauben beim Versicherungsvertrag häufig – nicht aber übermässig bezüglich Intensität – herangezogen werden. Die Anwendbarkeit ist äusserst vielseitig, kann doch Treu und Glauben nicht nur bei der Auslegung und Ergänzung des Versicherungsvertrages angewandt werden[55], sondern es können aus Treu und Glauben auch ergänzende Leistungspflichten hergeleitet[56] oder unter Umständen sogar auf Grund von Art. 2 Abs. 2 ZGB Normberichtigung vorgenommen werden. Der Versicherungsvertrag fällt demnach, wie jedes Rechtsgeschäft, unter den Grundsatz von Treu und Glauben.

[50] BGE *83* II 349.
[51] BGE *45* II 398.
[52] BGE *83* II 350.
[53] Vgl. Subsidiarität in einem anderen Sinne, MERZ N 49.
[54] Vgl. Prot. jur. Subkommission S. 4: «Es wäre z. B. die übermässige Betonung des Begriffes der guten Treue im Versicherungsbetriebe, aus dem allzuviel für das Versicherungsrecht abzuleiten versucht worden ist, nicht möglich gewesen, wenn der Richter für alle allgemeinen Fragen auf das gemeine Verkehrsrecht verwiesen worden wäre.» Vgl. dagegen GAUGLER (S. 26 ff.), der den Versicherungsvertrag als contractus uberrimae fidei betrachtet.
[55] MERZ N 17 ff.; MÖLLER N 67 Einleitung.
[56] MERZ N 260; MÖLLER N 67 Einleitung.

§ 2 Nebenpflichten des Zivilrechts

Eine Untersuchung der Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzungen setzt neben der Stellungnahme zur Rechtsnatur der Obliegenheit voraus, dass vergleichsweise die Rechtsfolgen der Verletzung von Hauptpflichten und Nebenpflichten[1] herangezogen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen bei den einzelnen Vertragsverhältnissen sowie die Art. 97 ff. des OR regeln die Rechtsfolgen bei nicht oder nicht gehöriger Erfüllung. Diese sind aber auf diejenigen Fälle zugeschnitten, in denen durch die Verletzung einer Hauptpflicht das ganze Vertragsgefüge erschüttert wird; damit ist aber nicht gesagt, ob sie auch Anwendung finden, wenn eine Nebenpflicht verletzt wird.

I. Nebenpflichten

1. Das Schuldverhältnis

Um die Nebenpflichten zu umschreiben, ist vom Begriff des Schuldverhältnisses auszugehen. Nach GUHL[2] ist ein Schuldverhältnis oder eine Obligation ein Rechtsverhältnis zwischen zwei oder mehreren Personen, wonach die eine zur Leistung verpflichtet ist und die andere darauf berechtigt. JÄGGI[3] hebt das Schuldverhältnis von der Obligation ab, sieht somit in ihm einen weiteren schuldrechtlichen Grundsachverhalt, der neben den Begriff der Obligation tritt und als Rechtsverhältnis einen Teil der gesellschaftlichen Wirklichkeit darstellt.

In einem derartigen Schuldverhältnis finden sich gesetzliche und vertragliche Haupt- sowie gesetzliche und vertragliche Nebenpflichten. Daneben sind auch Nebenpflichten vorhanden, die ihre inhaltliche Umschreibung im Wege der Auslegung und Ergänzung des Rechtsgeschäftes oder des Gesetzes erfahren[4]. Ausschlaggebend ist dabei der Grundsatz von Treu und Glauben, der nicht nur «Leitstern der Gesetzesanwendung»[5] und «Schranke aller Rechtsausübung»[6] ist, son-

[1] Dabei kann vorläufig dahingestellt bleiben, ob überhaupt und eventuell inwiefern ein Unterschied zu den Obliegenheiten besteht.
[2] GUHL S. 30.
[3] JÄGGI, Vorbem. vor Art. 1 N 103 und 104.
[4] MERZ N 19 und N 260.
[5] EGGER Art. 2 N 8.
[6] EGGER Art. 2 N 7; BGE *45* II 398; BGE *47* II 453.

dern sogar als «Grundrecht bei jedem zwischenmenschlichen Verkehr» bezeichnet wird[7].

Die Leistung in einem Schuldverhältnis wird demnach durch ein Bündel von Pflichten bestimmt, wobei die Nebenpflichten die Hauptpflichten ergänzen, erweitern oder die Erfüllung der Leistungspflicht vorbereiten, sichern und unterstützen[8].

2. Inhalt der Nebenpflicht

Steht die Existenz von Nebenpflichten fest, so bleibt zu untersuchen, ob es verschiedene Arten gibt und welche Auswirkungen die Verletzung einer Nebenpflicht haben kann.

a) Nach dem Inhalt können folgende Arten unterschieden werden:

aa) Mitwirkungspflichten: Diese dienen insbesondere zur Erreichung des Schuldzweckes[9], wie unter Umständen die Abnahmepflicht des Käufers[10] sowie die Abnahmepflicht gemäss Art. 379 Abs. 2 OR. Hier ist auch die Pflicht zur Überzeitarbeit zur Vermeidung von Überliegegeldern bei Schiffsladungen[11] sowie die besondere Gebrauchspflicht des Mieters[12] und die Pflicht des Dienstherrn, dem Dienstpflichtigen das zur Arbeit erforderliche Werkzeug zu liefern[12a], einzureihen. Ganz allgemein kann festgehalten werden, dass jeder Vertragspartner auf das Interesse des andern Rücksicht zu nehmen hat, unbillige Schädigungen vermeiden und ihn über erkennbare erhebliche Umstände aufklären soll[12b].

Von besonderer praktischer Bedeutung ist hier u. a. auch die Pflicht des Verletzten, bei der Abwehr drohender Schäden mitzuwirken und den eingetretenen Schaden möglichst klein zu halten[12c].

bb) Ergänzungspflichten: Hierunter fällt die Rückgabepflicht des Mieters[13], die Vorschusspflicht des Dienstherrn[14], die Zeugnisausstellungspflicht[15, 16].

cc) Fürsorge-, Obhuts- und Sorgfaltspflichten: dazu gehört ganz allgemein ausgedrückt die Fürsorgepflicht des Dienstherrn[17] und die Sorgfaltspflicht in den Arbeitsverträgen. Das Gebot der Rücksichtnahme hat demnach nicht nur zur

[7] JÄGGI, Vorbem. vor Art. 1 N 115; REUTTINGER S. 14 geht wohl etwas zu weit, wenn er behauptet: «Alle Pflichten, die aus einem Vertrag entstehen, sind Pflichten nach Treu und Glauben.»
[8] SOERGEL/SIEBERT § 242 N 35.
[9] HEINZ-BÖHMER S. 64.
[10] HEINZ-BÖHMER S. 64–65; KRÖGER S. 24.
[11] SCHNEIDER S. 301.
[12] BGE *62* II 240, weitere Beispiele MERZ N 281 ff.
[12a] OR 338; GAUTSCHI N 31a und b zu Art. 364.
[12b] SOERGEL/SIEBERT § 242 N 148.
[12c] OFTINGER I S. 238–239; SOERGEL/SIEBERT § 242 N 150.
[13] OR 270.
[14] OR 334.
[15] OR 342.
[16] Weitere Beispiele siehe KRÖGER S. 26 ff. und BGE *44* II 317.

Folge, dass Mitwirkungspflichten entstehen, sondern auch Fürsorge-, Obhuts- und Sorgfaltspflichten, wobei je nach Vertragstyp zu untersuchen ist, ob eine derartige Nebenpflicht angenommen werden darf oder nicht.

dd) Schutzpflichten: Aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben kann die Pflicht, in fremde persönliche und Sachgüter nicht einzugreifen, abgeleitet werden. Demzufolge müssen Schutzmassnahmen getroffen werden, die eigentlich mit dem konkreten Vertragsinhalt nichts zu tun haben.

So wurde ein Bobrennen veranstaltender Klub haftbar gemacht, als ein Bob über die Bahn hinausgeriet und eine Zuschauerin verletzte[18]; ähnlich liegt der Fall, wo beim Abbrennen eines gegen Entgelt zu besichtigenden Feuerwerkes ein zuschauendes Kind durch abirrende Pulverteile verletzt wurde[19, 20].

ee) Anzeige-, Mitteilungs- und Informationspflicht: Diese Pflichten bestehen vor allem bei den Verträgen, bei denen das persönliche Moment betont ist[21] sie dürfen als Manifestation einer besonderen Treuepflicht aufgefasst werden[22].

Diese Pflichten bestehen aber nicht allgemein, sondern nur dann, wenn eine Aufklärung nach den Grundsätzen des redlichen Erwerbes erwartet werden durfte. Nicht ausser acht gelassen werden darf, dass derartige Nebenpflichten auch bei den Mitwirkungspflichten eingereiht werden können, wenn sie auf eine gehörige Abwicklung eines Rechtsgeschäftes gerichtet sind.

ff) Unterlassungspflichten: Hiezu sind insbesondere die Pflicht zur Wahrung des Berufs- oder Fabrikationsgeheimnisses, Konkurrenzenthaltung[23] zu zählen sowie die Pflicht des Vermieters, unter Umständen nicht an einen Konkurrenten seines Mieters zu vermieten[24].

b) Untersucht man diese Nebenpflichten im Hinblick auf eine Belastung des Gläubigers, so sieht man, dass insbesondere die Mitwirkungspflichten, die Aufklärungspflichten und die Unterlassungspflichten nicht unbedingt den Schuldner der Hauptleistung treffen müssen, sondern auch dem Gläubiger dieser Hauptleistung auferlegt sein können[25]. Dass dem so sein muss, geht daraus hervor, dass

[17] Vgl. MERZ N 266 und KRÖGER S. 28.
[18] ZR *56* Nr. 101 S. 204.
[19] BGE *70* II 215.
[20] Vgl. OFTINGER I S. 435 N 37; PATRY, L'obligation de sécurité, ZBJV *93* 55 ff.; vgl. auch die instruktiven Beispiele bei SOERGEL/SIEBERT § 242 N 153.
Die Pflicht beim Gastaufnahmevertrag, Vorkehren zu treffen, damit der Gast in seiner körperlichen Integrität nicht verletzt wird, muss entgegen anderslautender Ansicht des BGE *71* II 115 ebenfalls als selbständige Nebenpflicht betrachtet werden.
[21] MERZ N 272.
[22] Siehe GAUTSCHI Art. 364 N 2d ff.
[23] GAUTSCHI Art. 364 N 3a.
[24] KRÖGER S. 41.
[25] KRÖGER zieht gerade im Hinblick auf den Belasteten den Unterschied zwischen Mitwirkungs- und Ergänzungspflicht; S. 23: «Dabei besteht der Unterschied zwischen den Mitwirkungs- und den Ergänzungspflichten darin, dass die ersteren vielfach eine Schuldnerpflicht des Gläubigers sind, die dem Schuldner die Bewirkung seiner Leistung ermöglichen, ..., während es sich bei den Ergänzungspflichten um blosse Zusatzleistungen handelt.»

sich ja die Mitwirkungs-, Fürsorge- und Aufklärungspflichten auf das allgemeine Gebot der Rücksichtnahme zurückführen lassen und dies ja nicht nur für den Schuldner von Bedeutung ist[26].

Dass auch Schutzpflichten sich in einer Mitwirkungspflicht des Gläubigers äussern können, geht aus Art. 339 OR hervor. Trifft der Dienstherr die notwendigen Schutzmassnahmen nicht, gerät er in Annahmeverzug, da diese Vorkehr von Schutzmassregeln zugleich eine Mitwirkungspflicht des Dienstherrn ist[27].

3. Nebenpflichten bei bedingten Verträgen

Bedingte Rechtsgeschäfte bergen immer eine gewisse Unsicherheit in sich; nicht immer haben beide Parteien Kenntnis vom Bedingungseintritt. Gemäss Art. 681 Abs. 2 ZGB hat der Verkäufer den Verkaufsberechtigten vom Vorkaufsfall in Kenntnis zu setzen. Dies gilt nicht nur für das vorgemerkte Vorkaufsrecht, sondern auch für unmittelbar gesetzliche Vorkaufsrechte[28] und gemäss OR 185 Abs. 3 für den Fall, wo Nutzen und Gefahr mit Eintritt der Suspensivbedingung auf den Käufer übergehen. Treu und Glaube im Verkehr verlangen hier, «dass die Partei, die vom Eintritt oder vom Ausfall einer Bedingung Kenntnis erhält, der Gegenpartei davon Anzeige macht, wenn sie damit rechnen muss, dass diese darüber noch im Ungewissen ist»[29].

4. Sogenannte Nebenpflichten vor oder ohne Vertragsabschluss sowie nach gehöriger Bewirkung der Hauptleistung

Ob terminologisch Pflichten vor dem Vertragsabschluss, ohne Vertragsabschluss und nach gehöriger Bewirkung der Hauptleistung als Nebenpflichten bezeichnet werden dürfen oder ob dafür ein anderer Begriff zutreffender wäre, ist leicht zu entscheiden. Denn inhaltlich decken sich diese Pflichten mit den Nebenpflichten bei einem rechtsgültigen Rechtsverhältnis, so dass auch hier der Begriff Nebenpflicht angebracht ist[30]. Diese sind aber von uns angesichts der Beschränkung des Themas auf diejenigen Obliegenheiten, die mit dem Vertragsabschluss Bedeutung erlangen, nicht näher zu untersuchen.

[26] Zurückhaltender MERZ N 282; vgl. auch ERMAN, Handkommentar zum BGB III 2b, § 242: «Nebenpflichten können auch den Gläubiger treffen; insbes. Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten»; auch III 2e, § 242 S. 393 oben.

[27] OSER/SCHÖNENBERGER N 14 zu Art. 339.

[28] Vgl. dazu Art. 682 ZGB.

[29] BECKER N 16 zu Art. 151.

[30] So scheinbar auch MERZ N 264 und die Überschrift vor N 260.

5. Verhältnis von Haupt- und Nebenpflicht

Wie den aufgeführten Beispielen zu den einzelnen Arten von Nebenpflichten und der Tatsache, dass auch der Gläubiger Träger einer Nebenpflicht sein kann, zu entnehmen ist, ist die Beziehung der Nebenpflicht zur Hauptpflicht verschieden ausgestaltet. SOERGEL/SIEBERT[31] charakterisieren dies treffend: «Die Nebenpflichten sind gleichsam in immer weiter werdenden Kreisen um die Leistungspflicht selbst gruppiert.» Es werden dabei drei Gruppen unterschieden:

a) Ergänzung der Hauptpflicht

Die Nebenpflichten sind unmittelbar der Haftpflicht zugeordnet; da sie nur unmittelbarer Bestandteil der Hauptpflicht sind, wurde ihnen der Charakter von Nebenpflichten abgesprochen[32]. Es handelt sich dabei meist um Obhuts- und Fürsorgepflichten[33].

b) Hilfspflichten

Diese sind funktionell der Leistungspflicht zugeordnet, unterscheiden sich aber von dieser[34]. Hiezu gehören die Aufklärungs-, Anzeige-, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten.

Steht die Person des Verpflichteten bei den unter a) erwähnten Nebenpflichten eindeutig fest – sie beziehen sich ja auf den Schuldner der Hauptleistung –, so ist nun bei diesen Hilfspflichten die Person des Belasteten nicht mehr eindeutig bestimmt, denn auch ein Gläubiger der Hauptleistung kann mit einer derartigen Nebenpflicht belastet sein.

c) Schutzpflichten

Diese sind noch mehr von der Haftpflicht losgelöst. Eine eigentliche rechtsgeschäftliche Beziehung braucht nicht zu bestehen, damit diese Pflichten relevant werden können; es genügt ein «sozialer Kontakt»[35].

Die oben aufgeführte Tendenz, auch den Gläubiger als Subjekt einer Nebenverpflichtung zu betrachten, verstärkt sich bei diesen Schutzpflichten. Gleichsam mit zunehmender Entfernung von der Hauptpflicht wird der Kreis der möglichen Nebenverpflichteten grösser. Aus diesen Schutzpflichten wiederum können einzelne Nebenpflichten abgeleitet werden, die sich auf die Schutzpflicht selber beziehen, gegenüber der Hauptverpflichtung aber als selbständige Nebenpflichten zu

[31] SOERGEL/SIEBERT N 101 zu § 242.
[32] KRÖGER S 11.
[33] Vgl. MERZ N 261; SOERGEL/SIEBERT N 103 zu § 242.
[34] MERZ N 261; SOERGEL/SIEBERT N 104 zu § 242.
[35] SOERGEL/SIEBERT N 105–108 zu § 242.

gelten haben. So konkretisieren sich aus dieser allgemeinen Schutzpflicht Beaufsichtigungs- und Aufklärungspflichten[36].

Dieses Verhältnis Hauptpflicht–Nebenpflicht zeitigt nun Auswirkungen auf die Klagbarkeit der Nebenverpflichtung. Diejenigen, die nur die pflichtgemässe Erfüllung der Hauptleistung sichern, haben keinen Eigenzweck und demnach ist ihre Verletzung auch nur dann von Bedeutung, wenn es dadurch «zu einer Leistungsstörung im ganzen kommt»[37]. Darunter sind nun nicht nur diejenigen Nebenpflichten zu subsumieren, die sich auf die vom gleichen Subjekt zu erfüllenden Hauptpflichten beziehen, sondern auch solche, die allgemein auf die korrekte Abwicklung eines Vertragsverhältnisses gerichtet sind, mithin Hilfsfunktion haben[38]. Obwohl sich diese Nebenpflichten nicht mehr auf die von der gleichen Person zu erbringende Hauptleistung beziehen, verfolgen sie keinen Eigenzweck und sind deshalb als unselbständige Nebenpflichten zu betrachten. Derartige Nebenpflichten sind insbesondere bei bedingten Rechtsgeschäften anzutreffen, da dort nicht immer beide Parteien vom Bedingungseintritt Kenntnis haben. Treu und Glaube im Verkehr verlangen, «dass die Partei, die vom Eintritt oder vom Ausfall einer Bedingung Kenntnis erhält, der Gegenpartei davon Anzeige macht, wenn sie damit rechnen muss, dass diese darüber noch im ungewissen ist»[39]. Dies muss auch dann gelten, wenn nicht der Vertrag als solcher, sondern nur eine Leistung bedingt zu erbringen ist[40]. Auch hier versteht sich, dass die Verletzung einer derartigen Hilfspflicht nur dann von Bedeutung ist, wenn das ganze Vertragsverhältnis gestört ist, ein Zustand, den wir im folgenden als Leistungsstörung bezeichnen wollen.

Dient hingegen die Nebenpflicht einem selbständigen Nebenzweck, auch wenn noch eine Anlehnung an die Hauptpflicht vorhanden ist, so ist sie selbständig klagbar und ihre Verletzung kann eine besondere Art Vertragsverletzung darstellen[41,42].

Diese letztere Kategorie von Nebenpflichten, die als selbständige Nebenpflichten bezeichnet werden, kann man wiederum in verschiedene Unterarten gliedern:

– Nebenpflichten, die an und für sich Hauptpflichten in einem Vertrag sein könnten, nun aber als selbständige Nebenpflicht in einem andern Vertragsgebilde auftreten[43].

[36] Vgl. BGE *57* II 167–169.

[37] Soergel/Siebert N 109 zu § 242; vgl. Merz N 262, Enneccerus/Lehmann § 4 II 2 S. 20 Dazu gehören nach Erman (Handkomm. zu BGB III 2 b § 242) die allgemeinen Sorgfalts-, Obhuts-, Fürsorge-, Aufklärungs- und Anzeigepflichten, die die Erfüllung der Hauptleistung vorbereiten und fördern, die Leistungsmöglichkeit erhalten und den Leistungserfolg sichern.

[38] Vgl. vorne S. 28 (Hilfspflichten).

[39] Becker N 16 zu Art. 151.

[40] Vgl. z. B. Reutlinger (S. 88 N 15), der die Anzeigepflicht gemäss VVG 38 als Nebenpflicht in einem bedingten Rechtsgeschäft aufgefasst wissen will.

[41] Soergel/Siebert N 110 zu § 242; Merz N 262.

[42] Zu diesen Nebenpflichten gehören insbesondere Auskunfts- und Rechenschaftspflichten; Mitwirkungspflichten können der ersten oder der zweiten Gruppe angehören.

[43] So z. B. die Übersendung des Hinterlegungsgegenstandes vom Übergabe- an den Aufbewahrungsort; vgl. Gautschi N 11 c zu Art. 472.

- Nebenpflichten, die sich aus der zur Hauptpflicht gehörenden Treuepflicht entwickeln und selbständige Nebenzwecke verfolgen[44].
- Schutzpflichten, die nicht auf den Hauptleistungsinhalt bezogen sind[45].
- Nebenpflichten nach Vertragserfüllung.

6. Rückführung insbesondere der unselbständigen Nebenpflichten auf den Grundsatz von Treu und Glauben

Durch das ganze Privatrecht zieht sich der Grundsatz, dass der Schuldner nach Treu und Glaube verpflichtet ist, alles zu tun, um die richtige Erfüllung der Hauptleistung und die Verwirklichung des Leistungserfolges zu sichern[46], bzw. alle Handlungen zu unterlassen, welche geeignet sind, den Vertragszweck zu gefährden oder zu vereiteln[47, 48]. GAUTSCHI[49] bezeichnet die Treue als «unabdingbares Attribut der Arbeitsobligation» mit dem Hinweis darauf, dass man sich nicht zu einer Arbeitsleistung verpflichten und gleichzeitig die gehörige (getreue und sorgfältige) Erfüllung der Obligation wegbedingen könne.

Nicht nur das schuldnerische Verhalten ist unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glaube zu würdigen, sondern auch dasjenige des Gläubigers. Wie bereits festgestellt[50], kann auch dem Gläubiger eine bestimmte Nebenpflicht obliegen, die auf Treu und Glauben beruht.

Die auf Treu und Glaube abgestützten Nebenpflichten haben nicht so sehr eine Erweiterung der Leistungspflicht zur Folge, als vielmehr eine Ausrichtung des Handelns des Schuldners und des Gläubigers auf den nach dem Vertrauensprinzip bzw. nach dem objektiven Zweckgedanken der Norm zu berücksichtigenden Leistungszweck[51]. In der Regel wird es sich dabei um unselbständige Nebenpflichten handeln.

Ähnlich wie sich der Inhalt des Eigentums jeweils nach den gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen richtet, ist der Inhalt eines Schuldverhältnisses unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu betrachten, was zur Folge haben kann, dass gewisse Nebenpflichten von den Parteien berücksichtigt werden müssen[52].

[44] So die Geheimhaltungs- und Konkurrenzenthaltungspflicht; vgl. GAUTSCHI N 5b zu Art. 398.
[45] Vgl. Merz N 269.
[46] MERZ N 260; SCHNEIDER S. 198.
[47] BGE *69* II 244.
[48] Vgl. VON TUHR/SIEGWART I S. 48/49 und den ungeschriebenen Fundamentalsatz der Rechtsordnung, dass immer dort eine Pflicht zum Ergreifen von Schutzmassnahmen besteht, wo ein gefährlicher Zustand geschaffen oder unterhalten wird (OFTINGER I S. 70/71, BECKER N 10 zu Art. 97).
[49] GAUTSCHI N 1a zu 364.
[50] Siehe vorne S. 28.
[51] MERZ N 26a; vgl. SOERGEL/SIEBERT N 100 § 242.
[52] Vgl. SJZ *57* Nr. 63 S. 190: «Zu dieser einfachen Mitteilung verpflichtet ihn Treu und Glauben».

§ 3 Rechtsfolgen der Verletzung von Nebenpflichten

Die Bestimmungen des OR über die Folgen der Nichterfüllung, insbesondere Art. 97 und 102 ff., sowie die Bestimmung von Art. 119 über das Unmöglichwerden sind auf diejenigen Tatbestände zugeschnitten, bei denen es an der Erfüllung der Hauptleistung fehlt. Es bleibt demnach zu untersuchen, ob diese Normen auch dann anwendbar sind, wenn Nebenpflichten verletzt werden.

I. Nebenpflichten ohne Eigenzweck

1. Nichterfüllung

Der zweite Abschnitt des zweiten Titels des schweizerischen OR trägt den Titel «Die Folgen der Nichterfüllung». Darunter sind vor allem Unmöglichkeit und Verzug zu verstehen. Hingegen besteht auch die Möglichkeit, dass der Vertrag verletzt wird, ohne dass Unmöglichkeit oder Verzug gegeben ist. Hier setzt nun die Lehre von der positiven Vertragsverletzung ein, deren Geltung VON THUR für das schweizerische Recht bestreitet, weil Art. 97 OR richtig interpretiert auch die positive Vertragsverletzung umfasse[1]. Geht man von der Definition des Bundesgerichtes aus[2], wonach eine positive Vertragsverletzung eine Verletzung der allgemeinen Pflicht jeder Vertragspartei ist, alle Handlungen zu unterlassen, welche geeignet sind, den Vertragszweck zu gefährden oder zu vereiteln, so ergibt sich ein weiteres Spektrum von Vertragsverletzungen, die als positive Vertragsverletzung bezeichnet werden müssen[3].

Geht man davon aus, dass unter positiver Vertragsverletzung ein vertragswidriges Verhalten des Schuldners zu verstehen ist, obwohl die Leistung an und für sich korrekt erbracht wird, so liegt der Schluss nahe, dass eine Verletzung von unselbständigen Nebenpflichten nicht als positive Vertragsverletzung zu bezeichnen ist, da ja eine Leistungsstörung im ganzen eintreten muss[4].

In der Tat braucht bei der Verletzung von unselbständigen Nebenpflichten der Begriff der positiven Vertragsverletzung nicht verwendet zu werden[5]; dies will aber nicht besagen, dass er überhaupt keine Verwendung mehr finden soll[6].

[1] VON TUHR S. 548.

[2] BGE *69* II 244.

[3] So unter anderem auch die unberechtigte Erfüllungsverweigerung; einschränkender umschreibt VON BÜREN (S. 382) die positive Vertragsverletzung als die Verletzung positiver Leistungspflicht in anderer Weise als durch einfaches Absehen von Leistung, ferner die Verletzung von negativen Leistungspflichten. Betrachtet man die aufgeführten Beispiele, so sieht man, dass es sich bei den meisten Tatbeständen um die Verletzung einer Nebenpflicht, sei es einer Schutz-, Fürsorge-, Geheimhaltungs- oder einer Konkurrenzenthaltungspflicht, handelt.

[4] So auch Schweizerisches Privatrecht, S. 176 N 62, allerdings weitergehend mit der Bemerkung, dass die Theorie der positiven Vertragsverletzung ihren Stützpunkt verliere, wenn Nebenpflichten anerkannt werden, die der Verpflichtung zur Hauptleistung einverleibt sind.

[5] A. M. BARTH S. 10/11 und 13; vgl. auch ERMAN II 2e zu § 242.

[6] Siehe hinten S. 32 f.

2. Rechtsfolgen

Wird eine unselbständige Nebenpflicht verletzt, so ist diese Verletzung dann zu berücksichtigen, wenn es zu einer Leistungsstörung kommt. Handelt es sich um eine Nebenpflicht, die einer Hauptpflicht zugeordnet ist, und verletzt der Hauptpflichtbelastete die unselbständige Nebenpflicht, so liegt immer eine Nichterfüllung bzw. nicht gehörige Erfüllung der Hauptpflicht vor, so dass die allgemeinen Bestimmungen des OR – Art. 97 ff. – angewandt werden können. Schwieriger werden die Verhältnisse, wenn eine unselbständige Nebenpflicht verletzt wird, die sich nicht speziell auf eine Hauptpflicht bezieht, sondern nur der korrekten Abwicklung des Rechtsgeschäfts dient; insbesondere wenn der Gläubiger einer Leistung seinen Mitwirkungspflichten, die die gehörige Abwicklung erst ermöglichen, nicht nachkommt. Damit sich nun eine Vertragspartei auf die Verletzung einer solchen Nebenpflicht berufen kann, muss eine Leistungsstörung eingetreten sein. Naheliegend ist, dass, wenn der Gläubiger durch das Unterlassen seiner Mitwirkungspflichten die Stellung des Schuldners erschwert, er in seiner eigenen Rechtsposition verschlechtert werden soll. So erhält der Käufer von verderblichem Obst, der die Annahme unbegründetermassen verweigert, nur einen infolge Selbsthilfeverkauf u. U. erheblich geschmälerten Erlös als Gegenleistung für den von ihm erbrachten Gegenwert[7].

Eine Vertragsauflösung – die nicht leichthin angenommen werden darf – ist nur in den Fällen möglich, in denen eine derart erhebliche Leistungsstörung vorliegt, dass der davon betroffenen Partei die Fortsetzung des Vertrages schlechthin unzumutbar ist. Dies trifft aber selten zu, angesichts der Tatsache, dass entweder die Rechtsfolgen von OR 97 ff. zur Anwendung gelangen oder eine Schmälerung der Rechtsposition des die Nebenpflicht Verletzenden eintritt.

II. Nebenpflichten mit Eigenzweck

1. Allgemeines

Abzuklären bleibt, welche Rechtsfolgen der Verletzung von selbständigen Nebenpflichten zugeordnet werden können. Eine selbständige Nebenpflicht kann ja verletzt werden, ohne dass die Hauptleistungspflicht tangiert wird[8]. Bei einer weiteren Fassung des Begriffes der Gesamtleistung könnten auch diese Nebenpflich-

[7] Meines Erachtens ergäbe sich daraus auch eine Lösung für den Fall, dass der Gläubiger bei einer Wahlobligation sein Wahlrecht nicht ausübt.

[8] Beispiel: Ein Arzt verletzt seine Geheimhaltungspflicht; die ärztliche Behandlung an sich ist fehlerfrei. Der Schaden resultiert hier nicht aus der Auftragsausführung, sondern aus der Verletzung der Persönlichkeitssphäre des Patienten; vgl. GAUTSCHI S. 337 zu Art. 398.

ten unter die Gesamtleistung subsumiert werden; damit wäre allerdings nichts gewonnen, vielmehr würden bei der Bestimmung der Rechtsfolgen erhebliche Unsicherheiten entstehen, die vermieden werden können, wenn die selbständigen Nebenverpflichtungen rechtlich gesondert betrachtet werden[9]. Es genügt aber auch nicht zu sagen, die Folgen einer Verletzung selbständiger Nebenpflichten entsprächen denjenigen der Verletzung einer Hauptpflicht[10], denn die Rechtsfolgen gemäss OR 97 ff. sind auf die Hauptleistungen zugeschnitten; diese Bestimmungen können nur analog angewandt werden, wobei jeweils zu überprüfen ist, ob die vorgesehene Rechtsfolge in einem angemessenen Verhältnis zur Verletzung der selbständigen Nebenpflicht steht[11].

Dies hält u.a. auch Becker[12] fest: «Das Rücktrittsrecht und der Verzicht auf die Leistung des Schuldners sind so scharfe Mittel, dass sie nicht wegen nebensächlicher Verpflichtungen zulässig sein können.» Anderweitig[13] wird dies damit begründet, dass das Begehren um Aufhebung eines Vertrages wegen Nichterfüllung akzessorischer, nebensächlicher Vertragspunkte mit den Grundsätzen der bona fides nicht zu vereinbaren wäre[14].

Für die Verletzung von selbständigen Nebenpflichten darf also der Begriff positive Vertragsverletzung verwendet werden, da im Gegensatz zur Verletzung der unselbständigen Nebenpflichten die Hauptleistung an sich richtig erbracht werden kann.

2. Selbständige Nebenpflichten als obligationes faciendi

Wie nun im Einzelfall die Rechtsfolge der Verletzung einer selbständigen Nebenverpflichtung aussieht, soll anhand einiger durch die Gerichtspraxis behandelter Fälle untersucht werden; denn die ganz allgemein gehaltene Formulierung, dass die Verletzung von selbständigen Nebenpflichten zu teilweiser Unmöglichkeit, zu nicht gehöriger Erfüllung oder Verzug führen, hilft uns dann nicht weiter, wenn festgehalten werden muss, was für eine Art von Schadenersatz entrichtet werden soll, ob überhaupt der Rücktritt vom Vertrag gegeben ist oder ob sonst irgendeine spezielle Rechtsfolge diesen allgemeinen vorgeht. Bevor nun aber diese Rechtsfolgen weiter untersucht werden können, muss eine für das weitere Vorgehen bedeutungsvolle Unterscheidung gezogen werden. Untersucht man die Obligationen auf ihren Inhalt, so sieht man, dass es einerseits Obligationen gibt, die darauf gerichtet sind, dem Gläubiger eine Sache zu verschaffen – sog. Sachlei-

[9] Vgl. Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 2. A., Berlin 1969, S. 35.
[10] Barth S. 13; Enneccerus/Lehmann § 4 II Z. 2.
[11] Vgl. dazu Oser/Schönenberger N 17 zu Art. 97–109, wonach die Rechtsfolgen bei der positiven Vertragsverletzung nach dem konkreten Fall zu bestimmen sind; A. Keller S. 314.
[12] Becker N 13 zu Art. 107.
[13] ZBJV 44 252.
[14] Vgl. auch von Tuhr S. 599.

stungsobligationen –; es sind Obligationen, die eine Erfolgshaftung hervorrufen[15]. Andererseits gibt es neben diesen oblitagiones dandi auch obligationes faciendi, Arbeitsobligationen, wobei wir darunter alle diejenigen Obligationen verstanden wissen wollen, die nicht obligationes dandi sind[16]. Arbeitsobligationen sind nicht erfolgsgerichtet, sondern es wird bei der Erfüllung der Obligation darauf abgestellt, dass diese Erfüllung sorgfältig und/oder getreu vorgenommen wird[17, 18].

Übertragen wir diese Unterscheidung auf die selbständigen Nebenpflichten, so sehen wir, dass diese grundsätzlich obligationes faciendi sein müssen, also Nebenpflichten, die auf einer bestimmten einzuhaltenden Sorgfalt beruhen oder sich aus der einer bestimmten Person – um nicht zu sagen: dem Vertragspartner – geschuldeten Treue ableiten.

Entgegen GAUTSCHI[19] wird unter Treuepflicht auch die jedes Rechtssubjekt treffende Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben verstanden; denn obliegt jemandem die Pflicht, sein Handeln nach Treu und Glauben auszuüben, so tut er dies nicht in eigenem Interesse, sondern mit Rücksicht auf denjenigen, der von diesem Handeln betroffen wird[20].

3. Rechtsfolgen

a) Grundsätzlicher Ausschluss des Rücktrittes vom Vertrag

Da diese obligationes faciendi als selbständige Nebenpflichten einen Eigenzweck verfolgen, kann bezüglich der Rechtsfolgen bereits eine Aussage gemacht werden: die Verletzung einer selbständigen Nebenpflicht rechtfertigt es grundsätzlich nicht, dem Berechtigten aus dieser Nebenpflicht das Recht des Rücktrittes vom Vertrag zu gewähren[21]. Einzig in den Fällen, in denen die Nebenverpflichtung für den Berechtigten eine für den Abschluss des Vertrages entscheiden-

[15] So z. B. die Pflichten des Verkäufers aus dem Kaufvertrag Art. 184 und die entsprechende «Haftung» für Rechts- und Sachmängel, vgl. auch Art. 363 und 367 ff.; PACHE, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, insbes. S. 121 ff.

[16] Damit gehen wir weiter als GAUTSCHI, Festgabe S. 21, der verlangt, dass sich eine Arbeitsobligation über einen bestimmten Zeitraum erstrecken muss; vgl. BECKER N 1 zu Art. 98, VON TUHR S. 532.

[17] Art. 328, 364, 398, 419 OR usw.; vgl. auch PACHE a. a. O. S. 21, der in Anlehnung an franz. Lit. zwischen «obligation de résultat» und «obligation de moyen» unterscheidet und unter der letzteren eine «obligation générale de prudence et diligence» verstanden wissen will.

[18] Vgl. BECKER N 12 zu Art. 97, der für die Frage der Unmöglichkeit in tätigkeits- und resultatsgerichtete Obligationen unterscheidet.

[19] GAUTSCHI N 3a zu 398; so entspringt z. B. die Pflicht zur Wahrung der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse im Dienstvertragsrecht dem Grundsatz, dass jeder verpflichtet ist, nach Treu und Glauben zu handeln; vgl. auch die Übereinstimmung in den Rechtsfolgen; denn Art. 2 gibt nie einen Erfüllungsanspruch; bei Verletzung von Art. 2 kann demnach auch nie das Erfüllungsinteresse geltend gemacht werden.

[20] SOERGEL/SIEBERT N 7 zu § 242; vgl. hinten S. 35 bei N 25/26.

[21] VON TUHR S. 599; BECKER N 13 zu Art. 107.

de Bedeutung hatte und durch das Verhalten des mit der Nebenverpflichtung Belasteten der Vertragszweck derart gefährdet wird, dass dem Berechtigten die Aufrechterhaltung nicht mehr zugemutet werden kann, ist das Rücktrittsrecht gegeben[22]. Man spricht in solchen Fällen von qualifizierten positiven Vertragsverletzungen. Zu beachten ist, dass die Rechtsfolge erst nach sorgfältiger Abwägung der beidseitigen Interessen festgelegt werden kann, was insbesondere aus dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit hervorgeht.

b) Schadenersatz

Wird eine Sachleistungsobligation nicht erfüllt, so kann je nach Voraussetzung gemäss OR 107/2 nachträgliche Erfüllung mit Verspätungsschaden, Verzicht auf nachträgliche Erfüllung und positives Vertragsinteresse, gemäss OR 109 Rücktritt und negatives Vertragsinteresse oder wenn die nachträgliche Erfüllung verschuldet unmöglich geworden ist, gemäss OR 97 das positive Vertragsinteresse geltend gemacht werden. Der Anspruch auf nachträgliche Erfüllung ist bei den Verzugstatbeständen gegeben. Bei der Nichterfüllung der obligationes faciendi kann aber grundsätzlich nur Ersatz des durch die Sorgfalts- oder Treueverletzung entstandenen Schadens verlangt werden, denn eine nachträgliche Erfüllung würde den entstandenen Schaden nicht beseitigen[23].

Diese für die obligationes faciendi als Hauptpflichten geltenden Grundsätze sind auch anwendbar bei Verletzung von selbständigen Nebenpflichten. Es ist demnach nur Schadenersatz für den durch die Sorgfalts- oder Treuepflichtverletzung verursachten Schaden geschuldet. Fraglich ist nur, ob darunter das positive oder negative Vertragsinteresse verstanden werden soll. Wir müssen dazu auf die Einordnung der Verletzung von selbständigen Nebenpflichten unter den Begriff der positiven Vertragsverletzung zurückkehren[24]. Demnach ist es möglich, dass die Hauptobligationen des Vertrages richtig erfüllt werden, hingegen die selbständigen Nebenpflichten verletzt werden können. Das Interesse des Berechtigten aus dieser Nebenverpflichtung ist immer darauf gerichtet, dass diese Pflicht nicht verletzt wird, mit andern Worten, dass das bestehende Vertrauen nicht getäuscht wird. Bei einer Verletzung ist somit der Vertrauensschaden geschuldet. Dieser Vertrauensschaden ist gleichbedeutend mit dem negativen Interesse[25], ist doch der Schutz des berechtigten Vertrauens Grundlage der negativen Interessenhaftung[26].

[22] Vgl. dazu ZR *46* Nr. 155, Sem jud *87* 425 ff. und *84* 621.
[23] GAUTSCHI, Festgabe, S. 45/46.
[24] Siehe vorne S. 33.
[25] Vgl. GAUTSCHI N 4a zu 364, N 2b zu 364, 1c zu 398, 5d zu 398; VON TUHR S. 79.
[26] A. KELLER S. 86 und 101; Besonderheiten ergeben sich dann, wenn Konkurrenzenthaltungs- oder Geheimhaltungspflichten verletzt werden. Auch hier wäre grundsätzlich nur das negative Interesse zu ersetzen; handelt der Verletzte hingegen gegen den ausgesprochenen oder sonst erkennbaren Willen des «Geschäftsherrn», so haftet er zusätzlich noch in analoger An-

Verlangt der Gläubiger gemäss Art. 97 OR Schadenersatz, so hat er den Schaden, die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung sowie den Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden nachzuweisen. Ebenfalls aus OR 97 geht der Grundsatz hervor, dass nicht der Gläubiger das Verschulden zu beweisen hat, sondern der Schuldner sich exkulpieren muss.

Gilt diese Regelung auch für die Verletzung von Nebenpflichten[27]? Diese Frage ist zu bejahen für die unselbständigen Nebenpflichten, ist doch mit ihrer Verletzung entweder zugleich eine Hauptverpflichtung verletzt, oder aber, wenn der Gläubiger mit einer Nebenpflicht belastet ist, die einer gehörigen Abwicklung des Vertrages dienen soll, gesamthaft eine Leistungsstörung eingetreten. Zweifel tauchen aber auf bei den selbständigen Nebenpflichten.

Bei näherer Betrachtung ergeben sich im Beweisthema Unterschiede, je nachdem, ob es sich um eine Sachleistungsobligation oder um eine Arbeitsobligation handelt. Wird die Sachleistungsobligation nicht erfüllt, so ist das bereits daraus ersichtlich, dass die zu erbringende Sache nicht oder nicht gehörig erbracht wird. Um sich zu exkulpieren, muss nun der Schuldner nachweisen, dass er «alle nach den Umständen erforderlichen Massregeln» getroffen hat[28]. Im Gegensatz dazu gilt bei der obligatio faciendi, dass diejenige Vertragspartei, die ihre Rechte aus der Vertragsverletzung geltend machen will, neben dem Schaden und dem Kausalzusammenhang, zu beweisen hat, inwiefern die Sorgfalts- oder Treuepflicht verletzt worden ist. Sie muss demnach beweisen, was für Sorgfalts- und Treuepflichten bestehen, sowie deren Mass[29]; d. h., der Gläubiger hat zu beweisen, dass der Schuldner «eine schadenverursachende Sorgfaltsverletzung begangen hat, die in das Sorgfaltsmass fällt, das dieser prästieren muss»[30, 31]. Ist diese objektive Verletzung von Sorgfalts- und Treuepflichten nachgewiesen, bliebe dem Schuldner gemäss Art. 97 noch die Exkulpationsmöglichkeit. Sein Beweisthema ist aber äusserst beschränkt, da der bereits getroffene Nachweis der objektiven Vertragsverletzung die Frage des Verschuldens praktisch vorwegnimmt[32]. Eine weitere Annäherung wird zusätzlich noch dadurch erreicht, dass nach herrschender Lehre von einem objektivierten Verschuldensbegriff[33] ausgegangen wird, was zu einer

wendung der Regel über die Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Art. 420 und kann so zur Herausgabe sämtlicher Vorteile verpflichtet werden. Man spricht von einem «fiktiven positiven Interesse» (GAUTSCHI, Festgabe, S. 10).

[27] A. KELLER S. 312 und 314: «Diese Gesetzesartikel haben alle die Hauptleistung im Auge ...»

[28] VON TUHR S. 558; im Grunde genommen sind das objektive Kriterien.

[29] Je nach Vertrag kann dieses ja verschieden sein.

[30] GAUTSCHI, Festgabe, S. 25.

[31] Vgl. Pra *46* 123, BGE *71* II 115, *89* II 245/246.

[32] GAUTSCHI will hier sogar die Exkulpation nicht mehr zulassen. (S. 25 Festgabe).

[33] Siehe statt vieler OFTINGER I S. 127, 124/125.

Verwischung der Grenzen zwischen Kausalhaftungs- und Verschuldenshaftungstatbeständen geführt hat[34].

Im konkreten Fall wird sich demnach der Exkulpant bei den obligationes faciendi darauf beschränken müssen, nachzuweisen, dass er wegen Urteilsunfähigkeit nicht in der Lage war, seinen vertraglichen Pflichten nachzukommen.

Man könnte demnach bei den obligationes dandi von einem vollumfänglichen, bei den obligationes faciendi von einem beschränkten Exkulpationsbeweis sprechen.

Da es sich bei den selbständigen Nebenpflichten regelmässig um obligationes faciendi handelt, ist davon auszugehen, dass, sofern wir die Anwendbarkeit von OR 97 voraussetzen, nur der beschränkte Exkulpationsbeweis anzutreten wäre. Betrachtet man insbesondere die Fälle, in denen die Vertragsverletzung zugleich eine Persönlichkeitsverletzung und die Verletzung eines Vertragsverhandlungsverhältnisses zur Folge hat, so entstehen zumindest Zweifel darüber, ob diese Tatbestände, die denjenigen der unerlaubten Handlungen sehr nahe kommen[35], es nicht rechtfertigen würden, anstelle eines beschränkten Exkulpationsbeweises dem Gläubiger den Verschuldensnachweis überhaupt zu überbinden. Da, wie gesehen, bei den obligationes faciendi die praktische Bedeutung wegen der beschränkten Exkulpationsmöglichkeit eher gering ist, darf mit Recht von der Beweislastverteilung von OR 97 auch für die selbständigen Nebenpflichten ausgegangen werden[36].

§ 4 Die Obliegenheiten

Es kommt wohl nicht allzuhäufig vor, dass in der Rechtswissenschaft die Rechtsnatur eines Institutes während Jahrzehnten derart hartnäckig umstritten wurde, wie dies bei den versicherungsrechtlichen Obliegenheiten der Fall ist. Im folgenden geht es nun nicht darum, ausführlich zu diesen einzelnen Meinungen Stellung zu nehmen, sondern diese nur kurz zu erwähnen, um dann die eigene Ansicht zu erläutern. Doch soll auch dies nur Hilfsmittel für die Beantwortung der Frage sein, was für Rechtsfolgen die Verletzung von Obliegenheiten mit sich bringen kann.

[34] Oftinger I S. 126/127.

[35] Bei der culpa in contrahendo ist die Rechtsnatur des Schadenersatzanspruches umstritten; bei der Verletzung der Persönlichkeit durch Vertragsverletzung ist regelmässig Anspruchskonkurrenz gegeben.

[36] Vgl. Kummer N 285 zu Art. 8; Gautschi N 24a zu Art. 364; BGE *70* II 219 E. 4.

I. Die Verwendung des Begriffes Obliegenheit

Das Substantiv «Obliegenheit» sowie das Verbum «obliegen» sind nicht etwa ausschliesslich im Versicherungsvertragsgesetz erwähnt, sondern finden auch in andern das Zivilrecht betreffenden Erlassen[1] Verwendung. Aber auch dem öffentlichen Recht ist dieser Begriff nicht fremd[2]. In einem kürzlich ergangenen Urteil des Bundesgerichtes wird auch das von einem Patentbewerber oder -inhaber gegenüber einer Amtsstelle vorzukehrende Verhalten zur Erteilung bzw. für den Fortbestand des Patentes als Obliegenheit bezeichnet[3].

II. Die versicherungsrechtlichen Obliegenheiten

1. Allgemeines

Obwohl der Begriff Obliegenheiten nicht nur im Versicherungsrecht Anwendung findet, ist anzunehmen, dass dort sein ursprüngliches Anwendungsgebiet liegt und wegen des weiten Spektrums, das er infolge der verschiedensten Theorien umfasste, zu einem «bequemen» Begriff wurde und deshalb gerne verwendet wird[4]. Dies gilt insbesondere auch für das Versicherungsrecht, wurde doch erstmals dieses Wort als Sammelbezeichnung der Pflichten beider Vertragsparteien in der Verfassung der Feuerversicherungsbank in Gotha vom Jahre 1820 nachgewiesen[5]. Da das Wort Obliegenheit konzilianter klingt als das Wort Pflicht, verwendeten in der Folge die Versicherer in der AVB gerne diesen Begriff[6].

Im VVG findet sich das Substantiv oder das Verb in den Artikeln 17/2, 29/1, 29/2, 32 Z. 1, 40, 44/3, 45/1, 61/2, 81/2, 92 (Marginale) und 102/2. In der Sitzung des Ständerates[7] vom 24. März 1905 führte Usteri sogar aus, dass die Prämienzahlungspflicht eine Obliegenheit sei; gemäss unserer Ansicht über den Versicherungsvertrag[8] handelt es sich aber um die Hauptverpflichtung des VN.

[1] Vgl. das Marginale zu Art. 635 OR; BGB 2217 I 1 sowie weitere BGB Art., zit. in Reimer Schmidt S. 102 N 479.

[2] Vgl. BG über das Eidgenössische Schuldbuch Art. 10 und Art. 4 der VVO in BS 6 S. 10 ff.; Art. 8 Abs. 3, Art. 12 Abs. 2 der Eidgenössischen Fleischschauverordnung sowie Art. 3 ff. der Instruktionen für die Fleischschauer; Art. 98 Abs. 2 Landwirtschaftsgesetz; Art. 43 VVO Seeschiffahrtsgesetz; vgl. auch das Register kantonalbernischer Erlasse 1941–1963 S. 154.

[3] BGE *94* I 250; ob im übrigen der sinngemässe Beizug von OR 101 zu Recht erfolgte, ist zu bezweifeln.

[4] Diesen Eindruck gewinnt man u. a. bei BGE *94* I 248 ff.

[5] Reimer Schmidt S. 102; Ehrenzweig S. 150 N. 8.

[6] Reimer Schmidt S. 103; Ehrenzweig S. 150 N 8.

[7] StenBull *1905* 217 1. Sp.

[8] Vgl. vorne S. 15.

2. Arten von Obliegenheiten

Von der Lehre und Praxis werden folgende im VVG enthaltene Tatbestände als Obliegenheiten bezeichnet:

- die vorvertragliche Anzeigepflicht,
- die Anzeigepflicht bei der Doppelversicherung,
- die Anzeigepflicht bei den Gefahrserhöhungen,
- ein bestimmtes, vertraglich gefordertes Verhalten zur Gefahrsverminderung oder Verhütung von Gefahrserhöhungen,
- die Anzeigepflicht nach Eintritt des befürchteten Ereignisses,
- die Auskunftspflicht zur Begründung des Versicherungsanspruches,
- die Rettungspflicht nach Eintritt des Versicherungsfalles,
- die Pflicht, Veränderungen an den beschädigten Gegenständen zu unterlassen.

Daneben sind im Rahmen der vom VVG beschränkten Vertragsfreiheit weitere Obliegenheiten auf vertraglicher Basis möglich.

Diese Obliegenheiten lassen sich nun je nach Blickwinkel in verschiedene Gruppen einteilen.

a) So können nach Entstehungsgrund gesetzliche und vertragliche Obliegenheiten unterschieden werden. Unter den vertraglichen Obliegenheiten sind zudem diejenigen zu beachten, die gesetzlich vorgesehen sind[9, 10].

b) Eine andere Unterteilung ergibt sich, wenn der Zeitpunkt der Erfüllung als Kriterium beigezogen wird. Danach sind vorvertragliche Obliegenheiten[11], Obliegenheiten während Bestehens des Vertrages, aber vor Eintritt des Versicherungsfalles[12] sowie Obliegenheiten nach dem Versicherungsfall[13] zu unterscheiden.

III. Zweck der versicherungsrechtlichen Obliegenheit

Wie vorne[15] ausgeführt wurde, steht die Prämienzahlungspflicht des VN im synallagmatischen Vertragsverhältnis der bedingten Leistungspflicht des Versicherers gegenüber, wobei diese beiden Leistungen einander äquivalent sind.

Welchem Zweck dienen nun die Obliegenheiten in diesem Vertragsgebilde?

Bei der Behandlung der Nebenpflichten zeigte sich, dass diese je nachdem, ob sie einen Eigenzweck verfolgen oder ob sie nur die pflichtgemässe Erfüllung der

[9] Vgl. z.B. Art. 29 VVG.

[10] Die sog. Mischformen nach Koenig S. 128/129 betreffen nicht den Entstehungsgrund der Obliegenheit, sondern den Entstehungsgrund der Regelung der Rechtsfolgen.

[11] Gefahrsdeklaration.

[12] Gefahrsprävention, verschiedene Anzeigepflichten.

[13] Anzeige-, Auskunfts-, Rettungspflichten usw.

[15] S. 15 ff.

Hauptleistung sichern bzw. ganz allgemein der Vertragsabwicklung dienen, in selbständige bzw. unselbständige Nebenpflichten eingeteilt werden können[16].

Die Hilfspflichten[17] insbesondere sind funktionell den Hauptleistungspflichten zugeordnet, sind aber von diesen verschieden. Darunter fallen Aufklärungs-, Anzeige-, Mitwirkungs- und Auskunftspflichten, die die Erfüllung der Hauptpflicht vorbereiten, fördern und sichern sollen[18]. Ohne damit zur Rechtsnatur der Obliegenheiten Stellung nehmen zu wollen, kann gesagt werden, dass die Obliegenheiten des Versicherungsvertrages ähnliche Zwecke verfolgen. So dient die Anzeigepflicht gemäss Art. 4 dazu, den Versicherer über die Gefahrumstände ins Bild zu setzen, damit er die Modalitäten des Vertrages festsetzen kann. Auch die vertraglich zu vereinbarende Pflicht, Gefahrserhöhungen zu vermeiden oder eine Gefahrsverminderung herbeizuführen, sowie die Anzeigepflicht bei der Gefahrserhöhung ohne Zutun des VN beziehen sich auf die Gefahrsumstände. Einem anderen Zweck dient die Anzeigepflicht nach Eintritt des befürchteten Ereignisses. Da sich der Versicherungsfall regelmässig im Einflussbereich des VN oder At ereignet, ist der Versicherer darauf angewiesen, dass er für eine schnelle Schadenregulierung sofort Kenntnis vom Versicherungsfall erhält[19]. Insbesondere dient diese Anzeigepflicht auch dazu, dem Versicherer Schadenminderungsmassnahmen zu ermöglichen[20]. Im Gegensatz dazu ermöglicht die Auskunfts- und Belegpflicht dem Versicherer, die Sach- und Rechtslage zu überprüfen. Diese Obliegenheit ist insofern von Bedeutung, als er dadurch auch die Gefahrsumstände überprüfen kann[21]. Der Zweck der Rettungspflicht sowie des Veränderungsverbotes ist im Gesetz selber festgehalten; bei dieser ist es die Minderung des Schadens, bei jener die ungestörte Feststellung der Schadenursache oder des Schadens[22].

Verallgemeinernd kann gesagt werden, dass die meisten Obliegenheiten, die nach Vertragsschluss erfüllt werden müssen, den Zweck haben, das technische Gleichgewicht zwischen der vom Versicherer funktionell getragenen Gefahr bzw. seiner bedingten Leistungspflicht und der dafür bezahlten Prämie zu erhalten[23]; damit soll verhindert werden, dass der einzelne VN Vorteile geniesst, die der Idee der Gefahrengemeinschaft zuwiderlaufen[24]. Weitgehend alle Obliegenheiten des VN oder At haben es demnach letztlich mit der Beeinflussung der Gefahrenlage zu tun[25].

[16] Vgl. vorne S. 28 f.
[17] Vgl. vorne S. 28.
[18] Je nachdem sind diese Nebenpflichten selbständig oder unselbständig; vgl. SOERGEL/SIEBERT N 104 und 109/110 zu § 242.
[19] REIMER SCHMIDT S. 224.
[20] KELLER S. 547; ROELLI N 1 zu Art. 38.
[21] REIMER SCHMIDT S. 229.
[22] Vgl. Art. 61 und 68 VVG.
[23] WEYERMANN S. 9 ff.; KERN S. 15 f.; GROB S. 28; REIMER SCHMIDT S. 261.
[24] MÖLLER N 4 zu § 6.
[25] REIMER SCHMIDT S. 261.

Dies braucht nicht näher begründet zu werden für diejenigen Obliegenheiten, die nach Vertragsschluss und unabhängig vom Eintritt des befürchteten Ereignisses zu erfüllen sind.

Schwieriger wird es bei den Obliegenheiten, die erst nach Eintritt des befürchteten Ereignisses erfüllt werden müssen, mithin bedingt sind. So könnte argumentiert werden, dass das erwähnte technische Gleichgewicht keine Rolle mehr spiele, da mit dem Versicherungsfall der Versicherungsanspruch entstanden sei und es nun nur noch darum gehe, die Leistung umfangmässig festzuhalten und Mehrleistungen, die nicht durch den Versicherungsfall bedingt sind, abzutrennen. Diese Argumentation ist aber nicht stichhaltig, denn mit dem Eintritt des befürchteten Ereignisses steht die Leistungspflicht des Versicherers an und für sich noch nicht fest; ist die Leistungspflicht des Versicherers zu bejahen, so ist deren Umfang festzustellen, wobei sowohl in der Schaden-, Personen- als auch Vermögensversicherung vielfach ein sogenannt «gedehnter Versicherungsfall»[26] vorliegt, bei dem der Umfang der Versicherungsleistungen abhängig ist von Beginn und Ende der Auswirkungen des Versicherungsfalles. Deshalb ermöglicht die Anzeigepflicht nach Eintritt des Versicherungsfalles nicht nur eine Überprüfung, ob es sich um ein versichertes Ereignis handle, sondern es gibt dem Versicherer zugleich auch die Möglichkeit, Massnahmen zu treffen, um eine Ausdehnung der durch den Versicherungsfall bewirkten Folgen zu verhindern[27].

Auch die Auskunfts- und Belegpflicht sowie das Veränderungsverbot stehen im Dienste des Gleichgewichtes zwischen Prämie und Leistung des Versicherers. Bei jenen geht es um die Abklärung nicht nur des Umfanges der zu erbringenden Leistung, sondern auch ihrer Begründetheit, währenddem mit dem Veränderungsverbot verhindert werden soll, dass die Überprüfung der Begründetheit der gestellten Ansprüche erschwert wird.

Weil sich das versicherte Risiko in der Lebenssphäre des VN oder At abspielt, ist der Versicherer auf deren Mitwirkung angewiesen. Bleibt diese Mitwirkung aus, so läuft der Versicherer Gefahr, eine Leistung zu erbringen, die dem Gleichgewicht nicht mehr entspricht.

Damit sind wir in der Lage, eine Parallele zu ziehen zu denjenigen unselbständigen Nebenpflichten, die die korrekte Abwicklung des Vertrages ermöglichen und deren Verletzung nur dann relevant ist, wenn es zu einer Leistungsstörung im ganzen kommt[28]. Auch die versicherungsrechtlichen Obliegenheiten dienen grundsätzlich einer korrekten Vertragsabwicklung; auch hier ist regelmässig der Gläubiger einer Leistung mit «Mitwirkungspflichten» belastet[29].

[26] Möller N 7 zu § 33; Ehrenzweig spricht von einem «entwicklungsfähigen Ereignis» (S. 162).
[27] Vgl. vorne bei N 20 S. 40.
[28] Vgl. vorne S. 32.
[29] Reimer Schmidt S. 316.

Nachdem der Zweck der Obliegenheiten festgestellt wurde, lässt sich auch ihr Bestand erklären. Der Versicherer ist fast vollumfänglich auf den VN oder At angewiesen; das von ihm übernommene Risiko befindet sich in der Lebenssphäre des VN oder At und ist demnach seinem Einfluss und seiner Kenntnis entzogen[30]. Mittels der Obliegenheiten erlangt er nun die Möglichkeit, in einem gewissen Grade auf den Obliegenheitsbelasteten einzuwirken. Dies wurde sogar schon als eine «Lebensfrage» für den Versicherer bezeichnet[31].

Wer ist nun an diesen Obliegenheiten interessiert? Hat einzig der Obliegenheitsbelastete ein Interesse an der Erfüllung, weil ihm sonst gewisse Rechtsnachteile drohen oder nur der Versicherer?

Ganz allgemein kann festgehalten werden, dass aus der besonderen Situation, die sich daraus ergibt, dass sich das vom Versicherer übernommene Risiko nicht unter seiner Kontrolle befindet, der Versicherer bei Abschluss des Vertrages an der Auferlegung der Obliegenheiten interessiert ist[32]. Aber nicht nur an einer Auferlegung, sondern auch an deren Erfüllung muss er interessiert sein, denn sonst könnte man den Versicherer dem Vorwurf aussetzen, dass er bei der Auferlegung insoweit interessiert gewesen sei, als er bei der Verletzung sich sofort auf die meist strengen Rechtsfolgen berufen könne, mithin latent immer ein Interesse an der Geltendmachung von strengen Rechtsfolgen vorhanden sei. Ein Versicherer ist aber wie irgendein redlicher Geschäftspartner immer daran interessiert, einen Vertrag zu erfüllen. Dies ist z. B. ersichtlich an der Anzeigepflicht nach Eintritt des befürchteten Ereignisses. Damit der Versicherer die Umstände und Folgen des Versicherungsfalles abklären kann, muss er vom Eintritt des befürchteten Ereignisses in Kenntnis gesetzt werden. Er hat somit ein erhebliches Interesse an der Erfüllung dieser Obliegenheit[33]. Daneben liegt die Anzeige aber auch im Interesse des VN oder At, da er ja die Schadenregulierung wünscht. Da die Erfüllung der Obliegenheiten nicht nur im Interesse des Versicherers, sondern auch des VN oder At liegt, kann man von einer gespaltenen Interessenlage sprechen, die grundsätzlich bei allen versicherungsrechtlichen Obliegenheitstatbeständen gegeben ist[34].

[30] Koenig S. 127; Schönenberger S. 29/30; vgl. vorne S. 22.

[31] Schönenberger S. 35; vgl. auch Ehrenzweig S. 147, der von einer «sekundären Gefahr» spricht, weil die Behandlung und Gestaltung des Risikos in den Händen des VN liege.

[32] Dies gilt nicht nur gegenüber dem Vertragspartner, sondern auch gegenüber einem Anspruchsberechtigten, der nicht Vertragspartner ist.

[33] Vgl. Roelli N 1 zu Art. 38 S. 460; Keller S. 547; Reimer Schmidt S. 224/225.

[34] Vgl. dazu Keller S. 640; Schönenberger S. 34 ff., 313.

V. Rechtsnatur der versicherungsrechtlichen Obliegenheit

Wie bereits ausgeführt, geht es in diesem Abschnitt nicht darum, eingehend zu den verschiedenen Lehrmeinungen Stellung zu nehmen, sondern diese der Vollständigkeit halber nur kurz zu erwähnen und die eigene Stellungnahme zu erläutern.

1. Die Voraussetzungs- und Verbindlichkeitstheorie

Die Auseinandersetzungen um die Rechtsnatur der Obliegenheit wurden nicht gerade verhalten geführt; Vorwürfe wie die Voraussetzungstheorie sei ein Erzeugnis formaljuristischer Begriffsjurisprudenz[35], eine Redensart, um die Haftung für Hilfspersonen auszuschliessen[36], fielen; EHRENZWEIG[37] brauchte in einer Überschrift die Wendung: «Die Irrlehre von den Obliegenheiten des VN» und stellte sich auf den Standpunkt, dass unter dem Begriff Obliegenheiten nicht etwas Besonderes, sondern gewöhnliche Nebenpflichten zu verstehen seien. Im folgenden sei kurz auf die beiden gebräuchlichsten Theorien über die Natur der Obliegenheiten eingetreten.

a) Die Voraussetzungstheorie

Nach ihr ist die Erfüllung der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten eine blosse Voraussetzung zur Erlangung der dem VN oder At zustehenden Rechte[38].

Es handelt sich demnach nicht um Rechtspflichten, so dass es nicht darauf ankommt, «wer sie erfüllt, sondern ob sie erfüllt werden»[39], und zudem ist nach dieser Theorie auch die Haftung für Hilfspersonen ausgeschlossen. Mit dem Begriff der Voraussetzung war aber nicht sehr viel gewonnen, denn dieser Begriff selber ist umstritten[40].

b) Die Verbindlichkeitstheorie

Diese Theorie, die sich vor allem auf den Wortlaut der Gesetzesartikel stützen konnte, sieht in den versicherungsrechtlichen Obliegenheiten nicht ein besonderes Rechtsinstitut, sondern versteht darunter Nebenpflichten im allgemein ge-

[35] VON GIERKE, Versicherungsrecht, 2. Hälfte, S. 150 f., zit. in REIMER SCHMIDT S. 141 N 713.
[36] VON GIERKE ZHR Ba *115* (1952) 180, zit. in REIMER SCHMIDT S. 141 N 713.
[37] EHRENZWEIG S. 147.
[38] Vertreter dieser Theorie sind: BRUCK in ZVersWiss *26* 180; MÖLLER N 5 ff. zu § 6; MÖLLER, Die Verantwortlichkeit des VN für Dritte, 1939, S. 12; weitere Zitate in KERN S. 21 N 2., RUBLI S. 34 N 14 und insbes. REIMER SCHMIDT S. 139 N 700.
[39] BRUCK, Privatversicherungsrecht, S. 285, zit. in REIMER SCHMIDT S. 140.
[40] Vgl. dazu REIMER SCHMIDT S. 63 ff.; MERZ N 194; JÄGGI N 78 Vorbem. vor Art. 1; OSER/SCHÖNENBERGER N 63 (S. 12).

bräuchlichen Sinn[41]. Damit ist als Rechtsfolge der Verletzung ein Schadenersatzanspruch gegeben und zudem die Bestimmung von OR 101 anwendbar.

Daneben vertreten bestimmte Autoren eine gemischte Theorie, d. h. die Obliegenheiten werden teils den eigentlichen Rechtspflichten, teils den Voraussetzungen zugewiesen, wobei sich je nach Schwergewichtsverlagerung eine Tendenz zu einer der erwähnten Theorien feststellen lässt[42].

2. Die Obliegenheit als Pflicht minderer Zwangsintensität

a) Die Theorie von Reimer Schmidt

Reimer Schmidt kommt das Verdienst zu, durch eine umfassende Untersuchung nicht nur neue Aspekte der Rechtsnatur von Obliegenheiten aufzuweisen, sondern ihr im Rahmen des ganzen Zivilrechts den ihr zustehenden Platz zuzuweisen.

Ausgehend davon, dass die Rechtsordnung Pflichten unterschiedlicher Zwangsintensität enthält, die von der sog. «Pflicht im eigenen Interesse» bis zu der mit Erfüllungsklage und Zwangsvollstreckung durchsetzbaren Pflicht reichen, greift Reimer Schmidt zur Psychologie, um eine Abgrenzung vornehmen zu können. Er unterscheidet dabei die sogenannten Anreizungstatbestände, die einer Person für den Fall der Vornahme einer Rechtshandlung einen Vorteil in Aussicht stellen und die Nötigungstatbestände, die bei Nichtbefolgung eines bestimmten Verhaltens lediglich einen rechtlichen Nachteil androhen.

Bei einer Unterart dieser beiden Tatbestände, ist nun die Vorschrift, die das Verhalten umschreibt, nicht darauf gerichtet, dass sich die Person auch so verhält. Das heisst, diese Vorschriften beinhalten nur eine rechtstechnisch unumgängliche Tatbestands-Rechtsfolge-Funktion. Haben diese Vorschriften hingegen nach dem Willen des Gesetzgebers oder der Vertragsparteien den Zweck, dieses bestimmte Verhalten herbeizuführen, so gehen sie über die erwähnte Tatbestands-Rechtsfolge-Relation hinaus. Diese zweite Untergruppe, die Reimer Schmidt als teleologische Anreizungs- bzw. Nötigungstatbestände bezeichnet – im Gegensatz zur ersten, die bloss funktionelle Anreizungs- bzw. Nötigungstatbestände sind – unterscheidet sich demnach von der ersten Untergruppe dadurch, dass aus dem Gesetzes- oder Vertragszweck und der Interessenlage eine besondere Situation geschaffen wird, die die Erfüllung des vorgeschriebenen Verhaltens verlangt. Solche Verhaltensvorschriften sind die Verbindlichkeiten i. S. von Rechtspflichten; es handelt sich somit um teleologische Nötigungstatbestände.

[41] Koenig S. 137 ff.; Kern S. 31 ff.; Dolder S. 27 ff.; Rubli S. 35 ff.; Ehrenzweig S. 147 ff.; Schuppisser S. 18 ff.

[42] Weyermann (S. 22) tendiert zur Voraussetzungstheorie und gerät bei denjenigen Obliegenheiten in Zweifel, die eine Schadenersatzpflicht auslösen, währenddem Schönenberger (S. 30 ff.) zur Verbindlichkeitstheorie neigt, hingegen gewissen Obliegenheiten die blosse Voraussetzungsnatur zuerkennt.

Aber auch diese Verbindlichkeiten sind nicht einheitlich, sondern zerfallen wiederum in drei Gruppen: solche, die mit Klage und Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden können, solche, die eingeklagt werden können und solche, bei denen ausser dem Schadenersatzanspruch weder Klage noch Zwangsvollstreckung in Frage kommen[43]. Alle diese Verbindlichkeiten liegen im ausschliesslichen Interesse des Gläubigers.

Eine besondere Gruppe von teleologischen Nötigungstatbeständen ist aber dort gegeben, wo sowohl der Belastete wie der Berechtigte ein Interesse an der Ausführung dieses Verhaltens haben. Diese «gespaltene Interessenlage» weist darauf hin, dass der gleiche Tatbestand sowohl Nötigungs- als auch Anreizungswirkungen hat[44]. Es handelt sich hier um teleologische Nötigungstatbestände mit schwächerer Wirkung oder Pflichten minderer Zwangsintensität, da kein Schadenersatzanspruch gegeben ist, sondern der in Aussicht gestellte Vorteil, der an ein gefordertes Verhalten geknüpft ist, geschmälert wird oder ganz wegfällt.

Die im Versicherungsrecht als Obliegenheiten bezeichneten Tatbestände, die diese gespaltene Interessenlage aufweisen und bei denen zudem aus dem Gesetzes- bzw. Vertragszweck hervorgeht, dass das Verhalten des Belasteten herbeigeführt werden soll, sind demnach Pflichten minderer Zwangsintensität[45].

Dass im VVG Pflichten besonderer Art bestehen, hat auch JAEGER[46] erkannt; er hält unmissverständlich fest, dass neben den eigentlichen obligatorischen Verpflichtungen, die klagbar und mit Schadenersatzfolge bei Verletzung verbunden sind und die er als Obliegenheiten im weiteren Sinne bezeichnet, auch eine Verpflichtung vorliegen könne, die nicht mit allen diesen Rechtsfolgen verbunden ist und bezeichnet diese als Obliegenheit im engeren Sinne. Bei ihm findet sich somit bei genauer Betrachtung nicht die Alternative «Verpflichtung oder Voraussetzung», sondern eine abgeschwächte Alternative «Verpflichtung oder besondere Art von Verpflichtung». Ihn als Vertreter der gemischten Theorie zu bezeichnen ist demnach ungenau[47]. Dies gilt ebenfalls für ROELLI[48], der bezüglich des Art. 38 VVG ausführt: «Ist somit die Schadenanzeige keine Schuldpflicht im Sinne des allgemeinen Rechtes, so entfällt im besonderen die Haftung des Anspruchsberechtigten für Hilfspersonen nach Massgabe des Art. 101 OR. Die Schadenanzeige ist nach VVG aber auch nicht, wie vielfach angenommen wird, lediglich Voraussetzung für die Entstehung der Leistungspflicht des Versicherers... Die Anzeigepflicht ist vielmehr eine Verpflichtung eigener Art.» Diese Auffassung wird an-

[43] REIMER SCHMIDT S. 314.
[44] A. a. O. S. 315.
[45] KOENIG S. 138; JAEGER N 105 Einleitung; MINNIER S. 12 ff.; ENNECCERUS/LEHMANN 1958 § 3 II; SOERGEL/SIEBERT N 8 vor § 242, N 11 zu § 278; WERBER S. 7.
[46] JAEGER N 106 zu Art. 45.
[47] So u. a. DIENER S. 44.
[48] ROELLI N 3 zu Art. 38; vgl. auch KELLER S. 639 und OBERBACH, Die Grundlagen der allgemeinen Haftpflichtversicherung, (Stuttgart und Köln) 1951, S. 15.

deutungsweise verstärkt, wenn ROELLI[49] festhält, dass die Obliegenheit die Möglichkeit der Zuwiderhandlung in sich schliessen muss. Bei blossen Voraussetzungen kann nicht von einer Zuwiderhandlung die Rede sein; man spräche von einer blossen Nichterfüllung. Im übrigen ist die heftig «umkämpfte» Alternative Pflicht/Voraussetzung insofern nicht richtig gestellt, als die Voraussetzungsnatur einer Obliegenheit nicht notwendigerweise ihren Verbindlichkeitscharakter ausschliessen muss[50]. Die Verletzung der Obliegenheit kann unter Umständen als Rechtsfolge die Anspruchsverwirkung mit sich bringen: die Erfüllung der Obliegenheit ist somit Voraussetzung für einen ungeschmälerten Genuss der vertraglich zugesicherten Rechte.

Ob man in Deutschland die Voraussetzungstheorie noch heute als herrschende Lehre bezeichnen kann, ist fraglich. Denn verschiedene Autoren[51] haben sich der Meinung REIMER SCHMIDTS angeschlossen, und auch namhafte Kommentatoren[52] vertreten seine besondere Obliegenheitstheorie. Es darf auch nicht ausser acht gelassen werden, dass nicht die strenge, sondern eine gemässigte Voraussetzungstheorie herrschend ist und diese nicht stark von der Theorie von REIMER SCHMIDT abweicht[53].

b) Die rechtstheoretische Grundlage

Der Rechtsnachteil bei einer Obliegenheitsverletzung besteht darin, dass, da die Obliegenheit infolge der gespaltenen Interessenlage auch im eigenen Interesse des Belasteten zu beachten ist, dieser in seiner eigenen Interessenposition zu schmälern ist. Das heisst, das für den Obliegenheitsverletzer begründete Recht wird in der Entstehung ganz oder teilweise gehemmt oder ein bereits bestehendes Recht vermindert oder vernichtet[54]. Will demnach der Obliegenheitsbelastete seinen ungeschmälerten Anspruch geltend machen, so darf er durch sein Verhalten nicht vorher seine eigenen und die Interessen des Versicherers vernachlässigt haben, ansonst er sich dem Vorwurf aussetzt, sein eigenes Verhalten sei widersprüchlich. Die Obliegenheiten i. S. von Verpflichtungen minderer Zwangsintensität finden demnach ihre rechtstheoretische Grundlage im venire contra factum proprium als einer aus der Konkretisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB hervorgehenden Untergruppen[55].

[49] ROELLI N 5 b (S. 533 o.) zu Art. 45; KELLER S. 641.

[50] REIMER SCHMIDT S. 140; ROELLI N 2 zu Art. 4; WEYERMANN S. 26; KELLER S. 547 bei N 3 und 5; SCHÖNENBERGER S. 124 bei N 15 und S. 173; vgl. auch MERZ N 543: «Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Bestimmungen machen die eigene Pflichterfüllung zur Voraussetzung des Anspruches.»

[51] Vgl. MINNIER S. 12 ff., WANNAGAT SZS *1970* 93 und WERBER S. 617.

[52] SOERGEL/SIEBERT N 8 vor § 242, N 11 zu § 278; ENNECCERUS LEHMANN 1958 § 3 II.

[53] Vgl. Landesreferat Deutschland, Weltkongress, S. 77 N 9.

[54] REIMER SCHMIDT S. 315, 262, 104, 110; SOERGEL/SIEBERT N 111 zu § 242.

[55] REIMER SCHMIDT S. 317 109 ff.; MINNIER S. 16 17; vgl. SOERGEL/SIEBERT N 101 zu § 242, N 111 zu § 242.

Bei den nach Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllenden Obliegenheiten, insbesondere bei der Anzeigepflicht nach Eintritt des Versicherungsfalles und der Rettungspflicht gemäss Art. 61 VVG, ist Grundlage der Obliegenheit nicht die Untergruppe venire contra factum proprium, sondern diejenige des unredlichen Rechtserwerbes. Denn wenn ein vertragswidriges Verhalten[56] Grundlage eines bisher nicht bestehenden Anspruches bildet, kann der Leitsatz von der unzulässigen Ausnützung eigenen vertrags- oder rechtswidrigen Verhaltens zur Anwendung gelangen[57]. In einem solchen Fall wird die Rechtsausübung – die Durchsetzung einer Forderung zum Beispiel – als unzulässig betrachtet[58].

3. Die versicherungsrechtliche Obliegenheit als Pflicht minderer Zwangsintensität und als echte Rechtspflicht

Wie vorne[59] ausgeführt, ist ausschlaggebend für die Annahme einer Pflicht minderer Zwangsintensität die gespaltene Interessenlage. Ob nun diese gespaltene Interessenlage vorliegt oder ob sich das Interesse wesentlich auf die Seite des Versicherers verschoben hat, muss jeweilen im Einzelfall untersucht werden. Die im VVG vorgesehenen Obliegenheiten, seien es nun gesetzlich begründete oder nur gesetzlich vorgesehene vertraglich zu begründende Obliegenheiten, weisen grundsätzlich[60] alle die gespaltene Interessenlage auf, so dass es sich um Pflichten minderer Zwangsintensität handeln muss.

Festgehalten werden kann jedoch, dass infolge besonderer Umstände eine Pflicht minderer Zwangsintensität sich zu einer eigentlichen Rechtspflicht verdichten kann, sei es, dass dies ausdrücklich vereinbart wird oder aus einem besonderen schutzwürdigen Interesse darauf geschlossen werden muss[61].

Bei der Anzeigepflicht gemäss VVG 53 muss es sich nach der geltenden gesetzlichen Regelung um eine eigentliche Rechtspflicht handeln[62]. Denn erfüllt der VN unabsichtlich die Anzeigepflicht nicht, so trifft ihn keine andere Rechtsfolge, als wenn er diese Anzeigepflicht erfüllt. Unabhängig von dieser Anzeigepflicht bestimmt sich die Ersatzpflicht des Versicherers nach Art. 71 VVG. Der VN hat demnach überhaupt kein Interesse daran, diese Anzeigepflicht zu erfüllen; es sei

[56] Wobei auch die Verletzung einer Obliegenheit analog als vertragswidriges Verhalten zu bezeichnen ist, obwohl keine Verletzung einer eigentlichen Rechtspflicht vorliegen muss.

[57] MERZ N 547.

[58] MERZ N 540–542.

[59] Vgl. S. 45.

[60] Bei der Anzeigepflicht des Art. 28/3 dürfte es sich dann um eine echte Rechtspflicht handeln, wenn man von der Annahme ROELLIS ausgeht (N 7 zu Art. 28 S. 349), dass Art. 28 das Vertragsschicksal erschöpfend ordne, somit vertraglich nur die Rechtsfolgen des OR 97 ff. festgehalten werden dürfen. Wird hingegen vertraglich vereinbart, dass eine Gefahrserhöhung mit Zutun des VN erst bei Verletzung der Anzeigepflicht die Nichtgebundenheit zur Folge haben, so ist die gespaltene Interessenlage wiederum gegeben (vgl. JAEGER N 109 Einleitung).

[61] REIMER SCHMIDT S. 207, 147 N 733.

[62] Botschaft S. 264; SCHÖNENBERGER S. 138; GANTENBEIN S. 168 und 169.

denn, man verstehe unter «absichtlich» nichts anderes als eine bewusste Unterlassung der Anzeigepflicht. Dann läge eine gespaltene Interessenlage vor, weil der VN gehalten wäre, die einschneidende Rechtsfolge des Nichtgebundenseins an den Vertrag seitens des Versicherers zu vermeiden[63].

Nach JAEGER[64] hingegen sind die Obliegenheiten folgender Artikel echte Rechtspflichten: Art. 28/3, 53, 38, 39, 61, 67, 68. Bezüglich der Anzeigepflicht des Art. 30 hält JAEGER[65] fest, dass es sich um keine echte Rechtspflicht handle, währenddem die Obliegenheit des Art. 29, wenn nichts besonderes bestimmt sei, eine eigentliche Rechtspflicht sei[66]. Demgegenüber reiht ROELLI[67] die Verbindlichkeiten der Art. 38, 39 nicht unter die echten Rechtspflichten ein.

Meines Erachtens ist allein davon auszugehen, ob eine gespaltene Interessenlage vorliegt oder nicht und ob nach dem Inhalt des Gesetzes oder des Vertrages das gewünschte Verhalten auch ernötigt wird. Insbesondere dürfen nicht voreilige Rückschlüsse gezogen werden, wie z. B., dass gemäss Art. 26 VVG Schadenersatz geschuldet sei und es sich deshalb um eigentliche Rechtspflichten handeln müsse. Dass unter Umständen Schadenersatz geschuldet sein kann, lässt nicht unbedingt den Schluss zu, dass es sich bei der verletzten Obliegenheit um eine eigentliche Rechtspflicht handeln muss, denn wie später noch zu zeigen ist, kann in der Art und Weise einer Obliegenheitsverletzung[68] eine Verletzung von Rechten liegen, was die Schadenersatzfolge nach sich zieht; oder aber die einseitige Vertragsauflösung kann Grundlage für einen Schadenersatzanspruch sein. Die Begründung der Vertreter der Verbindlichkeitstheorie, dass die Kürzung der Versicherungsleistung bei den Art. 38 und 61 nicht anders sei, als verrechnungsweise geltend gemachter Schadenersatz[69] verschlägt bei der Lehre von den Pflichten minderer Zwangsintensität nicht, da die Rechtsfolge einer Verletzung nicht in Schadenersatz bestehen kann. Geht man auf die rechtstheoretische Grundlage dieser besonderen Pflichten zurück, so lässt sich eine einfache Begründung finden: der Anspruch wird nur insoweit geschützt, als er nicht auf dem widersprüchlichen Verhalten des Ansprechers beruht. Diese Begründung deckt sich mit der Ansicht der Vertreter der Verbindlichkeitstheorie, dass die Forderung auf Schadenersatz nicht selbständig klagbar sei[70].

[63] Vgl. dazu hinten S. 70 ff. Anders verhält es sich bei der Mitversicherung, wo vertraglich besondere Obliegenheiten festgehalten werden können.

[64] A. a. O. N 107 ff. der Einleitung.

[65] A. a. O. N 109.

[66] A. a. O. N 116.

[67] ROELLI N 3 zu Art. 38, N 2 zu Art. 39.

[68] Zu beachten ist, dass die Art und Weise der Verletzung ausschlaggebend ist, nicht die Verletzung an und für sich.

[69] KOENIG S. 139; JAEGER N 111 Einleitung; DIENER S. 95 bei N 16; KELLER S. 569.

[70] KELLER S. 569; zu beachten sind auch die diesbezüglichen Ausführungen von HEDINGER (S. 69 N 49): «Immerhin möchte ich die Kausalitätsgradkürzung und den Schadenersatz von einander unterscheiden wissen. Die Kausalitätsgradkürzung ist – im Gegensatz zum Schadener-

4. Terminologisches

In der Folge wollen wir unter dem Begriff «versicherungsrechtliche Obliegenheiten» sowohl die (vorherrschenden) Pflichten minderer Zwangsintensität als auch die eigentlichen Rechtspflichten subsumieren. In Anlehnung an JAEGER[71] sind unter «Obliegenheiten im engeren Sinn» die Pflichten minderer Zwangsintensität zu verstehen, währenddem «Obliegenheiten im weiteren Sinn» für die echten Rechtspflichten verwendet werden soll.

VI. Abgrenzung der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten von ähnlichen Rechtsinstituten

Wir haben gesehen, dass unter dem Begriff versicherungsrechtliche Obliegenheiten in erster Linie Pflichten minderer Zwangsintensität zu verstehen sind, wobei aber nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich im Einzelfall eine derartige Pflicht zufolge besonderer Interessenlage als eigentliche Rechtspflicht erweist. Im folgenden geht es darum, diese Obliegenheiten von ähnlichen Rechtsinstituten des Privatrechts abzugrenzen.

1. Obliegenheit und Bedingung

Diese Abgrenzung ist insofern von Bedeutung, als nur bei den Obliegenheitsverletzungen grundsätzlich ein Verschulden verlangt wird, nicht aber für die Relevanz des Bedingungseintrittes. Als Denkfigur ist die Bedingung – ein ungewisses, zukünftiges Ereignis, von dem die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes abhängt – klar von der Obliegenheit abzugrenzen. Keine Schwierigkeiten wirft die kasuelle Bedingung auf; die potestative Bedingung und die Obliegenheit stehen sich aber so nahe, dass im Einzelfall recht heikle Abgrenzungsprobleme entstehen können. Geht man davon aus, dass die Obliegenheit immer ein vom Gesetz oder Vertrag verlangtes Verhalten beinhaltet, dass also Gesetz oder Vertrag inhaltlich darauf gerichtet sind, ein bestimmtes Verhalten zu bewirken, so ist ein brauchbares Abgrenzungskriterium gefunden. Denn bei einer potestativen Bedingung wird das Verhalten nicht verlangt, die Vorschrift steht der Handlungsweise des Belasteten indifferent gegenüber[72]. Im Ergebnis dürfte dieses Abgrenzungskriterium mit

satz – niemals selbständig klagbar ... und überdies in ihrem Umfange durch die Versicherungssumme begrenzt.» Vgl. dazu hinten S. 112 ff.

[71] JAEGER N 106 Einleitung; KELLER S. 640.

[72] Vgl. ZR *69* (1970) 54: «Die Nichtbezahlung der Gebühren bedeutet auch nicht die Verletzung einer Obliegenheit des VN, die nach Art. 45 VVG nur bei Verschulden einen Rechtsnachteil nach sich zöge, sondern sie bedeutet die Nichterfüllung einer Bedingung des Versicherungsschutzes» (spez. bei Abonnentenversicherungsverträgen).

demjenigen von KELLER[73] übereinstimmen, der für die Abgrenzung untersucht wissen will, ob nach dem Willen der Vertragsparteien die Rechtsfolge durch Verstoss gegen ein vorgeschriebenes Verhalten oder aber durch die blosse Tatsache, dass etwas ist oder nicht ist, ausgelöst wird[74].

2. Obliegenheit und Auflage

Auflagen sind Nebenbestimmungen unentgeltlicher Vermögenszuwendungen, die einen voll durchsetzbaren Anspruch begründen[75]. Da sie die Unentgeltlichkeit der Zuwendung voraussetzen, ist die Abgrenzung zu den Obliegenheiten gegeben[76].

3. Obliegenheit und Voraussetzung

Der Begriff Voraussetzung bringt bloss eine Tatbestand-Rechtsfolge-Relation zum Ausdruck und ist deshalb ein Synonym zum Begriff Tatbestandsmerkmal[77]. Das Abgrenzungskriterium zur Obliegenheit liegt, wie bei der Bedingung, darin, dass die Voraussetzung nur funktionell eine Abhängigkeit zwischen dem Tatbestand und der Rechtsfolge festhält, währenddem die Obliegenheit teleologisch ein bestimmtes Verhalten verlangt[78].

4. Obliegenheit und Ausschlussklausel

Jede Obliegenheit schliesst die Möglichkeit einer Zuwiderhandlung in sich. Diejenigen Vertragsabreden, denen gegenüber sich der VN oder At eines Verstosses überhaupt nicht schuldig machen kann, sind demnach nicht Obliegenheiten. Dieser von KELLER[79] gewählte nicht sehr differenzierte Ausgangspunkt zur Abgrenzung der Obliegenheiten von den Ausschlussklauseln bedarf der Erläuterung. Denn gerade die Abgrenzung von Ausschlussklauseln und gefahrsvorbeugenden Obliegenheiten bietet Schwierigkeiten.

Diese Schwierigkeit ist nicht zuletzt entstanden, weil der Unterschied in der Funktion zwischen Ausschlussklausel und der gefahrsmindernden bzw. -vorbeugenden Obliegenheit relativ gering ist. Jene dient von vornherein zur Bestimmung

[73] KELLER S. 642.

[74] Vgl. zur Abgrenzung WEYERMANN S. 30 ff.; KERN S. 13 ff.; KELLER S. 428, 641/642, ROELLI N 3 zu Art. 29 S. 351 ff.; REIMER SCHMIDT S. 236; DE BUREN S. 359/360.

[75] ENNECCERUS/LEHMANN S. 479 ff., 481.

[76] Vgl. REIMER SCHMIDT S. 297.

[77] Der wohl eher im Strafrecht als im Zivilrecht zur Anwendung gelangt.

[78] Vgl. REIMER SCHMIDT S. 63 ff.; MERZ N 194; JÄGGI N 78 Vorbem. zu Art. 1; OSER/SCHÖNENBERGER N 63 (S. 12).

[79] KELLER S. 641.

des Umfanges der versicherten Gefahr, während diese bei einer Verletzung und Vorliegen der Erfordernisse von Art. 29 VVG ebenfalls zu einem «Ausschluss» führen kann.

Handelt es sich z. B. bei der Verschlussklausel in der Diebstahlversicherung um eine Ausschlussklausel oder um eine Obliegenheit[80]?

Die Ausschlussklausel hätte gegenüber einer Obliegenheit den Vorzug, dass es bei ihr regelmässig nicht auf ein Verschulden des VN ankommt. Weiterhin ist festzuhalten, dass für die Obliegenheiten zwingende gesetzliche Bestimmungen bestehen, währenddem bezüglich der Ausschlüsse das Prinzip der Freiheit der Risikobegrenzung gilt[81].

Abzulehnen ist die kategorische Meinung, alle Klauseln, die an das Verhalten des VN anknüpfen, seien als Obliegenheiten zu behandeln[82]. Ebenfalls abzulehnen ist die Ansicht, der formellen Gestaltung der Klausel sei besonderes Gewicht zuzumessen[83]. Es ist vielmehr auf den materiellen Gehalt einer Klausel abzustellen[84] und nicht auf ihre äussere Erscheinung. Mit andern Worten: die systematische Auslegung hat vor der teleologischen zurückzutreten[85].

Überprüft man den materiellen Gehalt einer Klausel, so taucht zwangsläufig die Frage auf, ob dieses Verhalten verlangt werden soll oder ob gegenüber dem Belasteten eine indifferente Stellung eingenommen wird. Das massgebliche Abgrenzungskriterium liegt demnach in den Charakteristiken, die wir für die Obliegenheiten entwickelten. Die Voraussetzungslehre käme bei diesen speziellen Abgrenzungsfragen zu keiner Lösung, was für die Richtigkeit der andern beiden Theorien spricht[86].

Damit sind wir im Besitz des Rüstzeugs, um die eingangs gestellte Frage nach der Natur der Verschlussklausel zu beantworten.

Bei dieser Klausel dürfte es sich regelmässig um eine Obliegenheit handeln, da sie auf die Herbeiführung dieses Verhaltens gerichtet, mithin die Leistungsfreiheit erst die Folge der Ausserachtlassung dieses verlangten Verhaltens ist[87].

[80] Vgl. Art. 4 Z. 2 der AVB für Diebstahlversicherung, Helvetia-Feuer, 10.65: «Diese Fahrzeuge müssen abgeschlossen sein, wenn sie nachts im Freien stehen.»

[81] Ehrenzweig S. 175; Hellner VersArch *1956* 78; vgl. Koenig S. 168 und Keller S. 223.

[82] Hellner S. 80; Kern S. 12; Schultz ZfV *1962* 187.

[83] So Prölls, Verhüllte Obliegenheiten, in VersR *1967* 310.

[84] So Möller N 12–51 zu § 6; BGH 22. Juni 1967 in ZVersWiss *1969* S. 535 Nr. 105 vgl. auch Reimer Schmidt, Verhütung, ZVersWiss *1968* 86/87.

[85] A. M. Prölls, Verhüllte Obliegenheiten VersR *1967* 310.

[86] Vgl. zum ganzen Fragenkomplex das von Hellner S. 80/81 aufgeführte Beispiel über die Entwicklung einer Klausel von einer Obliegenheit bis zur eindeutigen Ausschlussklausel.

[87] Vgl. die Beispiele bei Koenig S. 198; Schultz ZfV *1962* 188; a. M. Hellner, S. 187; fraglich die Abgrenzung bei Art. 1 Ziff. 1 lit. *c* der AVB zur Diebstahlversicherung; unter der Umschreibung des Einbruchdiebstahlbegriffes findet sich folgende Klausel: Für den Inhalt von Kassenschränken, Tresoren und Kassetten haftet die Gesellschaft nur, wenn diese abgeschlossen sind und die Schlüssel von den dafür verantwortlichen Personen auf sich getragen, zu Hause sorgfältig verwahrt oder in einem gleichwertigen Behältnis eingeschlossen werden, für dessen Schlüssel dieselben Bestimmungen gelten.

Im Gegensatz zu den Ausschlussklauseln, die das objektive Risiko begrenzen, beziehen sich die gefahrspräventiven Obliegenheiten auf das subjektive Risiko und versuchen dieses in gewissen Schranken zu halten[88, 89].

5. Obliegenheit und Herbeiführung des Versicherungsfalles

Gemäss Art. 14 hat der VN oder At je nach Verschuldensgrad nur einen beschränkten oder überhaupt keinen Anspruch auf die Versicherungsleistung, wenn das befürchtete Unterlassen schuldhaft herbeigeführt wird. Unter Herbeiführung ist auch ein blosses Unterlassen zu verstehen[90]. KOENIG[91] führt dazu einschränkend aus: «Das ist nur der Fall, wenn die Unterlassung für den Eintritt des Versicherungsfalles adäquat kausal war, nicht dagegen, wenn das befürchtete Ereignis unabhängig davon eingetreten ist und die Unterlassung bloss darin besteht, den Eintritt nicht verhindert zu haben.» Meines Erachtens ist dieser Ansicht nicht zu folgen[92], denn das Unterlassen einer an und für sich möglichen Verhinderung des Versicherungsfalles ist nach der Zweckbestimmung von Art. 14 VVG ebenfalls eine «Herbeiführung». Das Problem liegt anderswo, nämlich in der Bestimmung der Kausalität einer Unterlassung. Denn dieser Kausalverlauf ist nur ein hypothetischer: es ist zu untersuchen, ob ein bestimmter Erfolg nicht eingetreten wäre, wenn zum tatsächlichen Kausalverlauf die unterlassene Handlung hinzugetreten wäre[93]. Art. 14 VVG ist demnach auch dann anwendbar, wenn der Eintritt des befürchteten Ereignisses absichtlich oder grobfahrlässig nicht verhindert wurde[94].

Fragt man nach der rechtstheoretischen Wurzel dieses Artikels, so sieht man, dass VVG 14 I–III – wie die Obliegenheiten – auf dem Rechtsmissbrauchsgrundsatz beruht, und zwar insbesondere auf dem Grundsatz des unredlichen Rechtserwerbes.

Den Versicherungsvertrag haben wir als synallagmatischen Vertrag mit einseitig bedingter Leistungspflicht charakterisiert. Mit Eintritt der Bedingung ist dem-

[88] KOENIG S. 198.

[89] Diese Abgrenzungsfrage stellt sich auch bei den Klauseln in den obligatorischen Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungsverträgen, die bei den Führern, die bereits Unfälle in angetrunkenem Zustand verursacht haben, aufgenommen werden und festhalten, dass der Versicherer für solche Unfälle nicht hafte (aus präventiven Gründen wird häufig nicht vom eigentlich durchzuführenden Regress gesprochen).
Vgl. im übrigen auch die Kasuistik bei KELLER S. 476 ff.

[90] So KOENIG S. 294; KELLER S. 236; JAEGER II Art. 61 N 4; a. M. ROELLI N 3 b zu Art. 14/15, S. 219; EHRENZWEIG S. 265.

[91] KOENIG S. 294.

[92] Wohl auch so KELLER S. 236/237.

[93] BARTH S. 98/99; OLG Düsseldorf 7. November 1967; Es ist grobfahrlässig, wenn es der VN als Kfz-Halter und Dienstherr unterlässt, den auf Grund der vorausgegangenen Arbeitsleistungen und infolge fehlender Ruhepause übermüdeten Fahrer vom Fahrtantritt abzuhalten (in ZVersWiss *1969* S. 366 Nr. 299).

[94] KELLER S. 236; vgl. OFTINGER I S. 124.

nach grundsätzlich auch der Anspruch des aus dem Vertrage Berechtigten entstanden. Wird nun aber dieser Bedingungseintritt in einer vertragswidrigen Art und Weise herbeigeführt, so erhielte der Ansprecher eine Rechtsposition, die in krassem Gegensatz steht zu einem eigenen vertragswidrigen Verhalten. So betrachtet, liegt ein Anwendungsfall des unredlichen Rechtserwerbes vor, wobei die Regelung von OR 156 nichts anderes als ein Anwendungsfall dieses allgemeinen Prinzipes ist[95]. Die Unredlichkeit wird durch Art. 14 insofern spezifiziert, als nur Absicht oder grobe Fahrlässigkeit bestimmte, abgestufte Rechtsfolgen mit sich bringen sollen[96].

Diese Rückführung steht nicht etwa im Widerspruch zu der von KOENIG vertretenen Ansicht, es handle sich um eine negative Haftungsvoraussetzung[96a], sondern deckt sich mit ihr, denn einer Bezeichnung des Tatbestandes des unredlichen Rechtserwerbes als negative Haftungsvoraussetzung im Versicherungsrecht steht nichts entgegen[97, 98].

Obwohl sich VVG 14 und die Obliegenheiten auf die gleiche rechtstheoretische Grundlage zurückführen lassen, besteht ein gewichtiger Unterschied; denn VVG 14 hält nur eine Tatbestand-Rechtsfolge-Relation im Sinne eines funktionellen Nötigungstatbestandes fest, nicht aber einen teleologischen Nötigungstatbestand, der ja erst das Wesen der Obliegenheit ausmacht[99].

Diese an und für sich klare Abgrenzung bedarf der Ergänzung. In der Sachversicherung werden häufig Sorgfaltspflichten und Sicherheitspflichten aufgestellt, wie z. B. die Instandhaltung der Wasserleitungen, die Reinigung von verstopften Wasserleitungsanlagen, das Treffen von Massnahmen zur Verhinderung eines Einfrierens in der Wasserschadenversicherung.

Solche Sorgfaltspflichten sind aber auch bei Haftpflichtversicherungsverträgen anzutreffen[100]; so wenn vom VN verlangt wird, dass er vor Ausführung von Grabarbeiten sich genauestens über die Lage der unterirdischen Kabel zu orien-

[95] MERZ N 574.

[96] MERZ N 542: «Im Vorwurf der Unredlichkeit liegt zumeist der Vorwurf eines persönlich zurechenbaren Verschuldens.»
Bei besonderen Versicherungsverträgen ist zudem noch eine Abstufung der groben Fahrlässigkeit vonnöten, z. B. bei der Haftpflichtversicherung eines nach KUVG 129/2 haftenden Betriebsinhabers, da dort die Haftung bereits auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt wird.

[96a] KOENIG S. 302.

[97] Vgl. JAEGER N 4 zu Art. 61, der sich bei der Auslegung des Begriffes «Herbeiführung» bezüglich eines Unterlassens ebenfalls auf ZGB 2 stützt; WEYERMANN S. 41.

[98] A. M. SCHUPPISSER S. 25 und 26 ff., der sich aber selber zu widersprechen scheint (vgl. S. 12 I 4, S. 45).

[99] Vgl. KOENIG S. 301, SCHUPPISSER S. 18 ff., ROELLI N 1 zu Art. 14/15 S. 193, SCHÖNENBERGER S. 145, DOLDER S. 64, KERN S. 12, WEYERMANN S. 40, die alle mit unterschiedlicher Begründung ausführen, dass VVG 14 keine Obliegenheit beinhalte.

[100] Vgl. statt vieler Art. 13 AVB Bauunternehmung 10.64 der Berner Allgemeinen: Der VN ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die von den Behörden und von der SUVA erlassenen Richtlinien und Vorschriften sowie die allgemein anerkannten Regeln der Baukunde beachtet werden.

tieren hat. Bei diesen Verhaltensvorschriften handelt es sich um Obliegenheiten[101], und zwar um gefahrsvorbeugende Obliegenheiten.

Nach welchen Grundsätzen wird nun untersucht, oh eine Herbeiführung des Versicherungsfalles grobfahrlässig ist oder nicht? Nach konstanter Rechtsprechung handelt fahrlässig, wer die im Verkehr gebotene Sorgfalt ausser acht lässt[102]. Das von der Rechtsordnung zur Bestimmung der Verschuldensfrage beigezogene Durchschnittsverhalten ist demnach auch für VVG 14 anwendbar, so dass auf den Meinungsstreit, ob das Selbstverschulden ein eigentliches Verschulden ist oder nicht, nicht eingegangen werden muss. Der zu berücksichtigende Sorgfaltsmassstab geht demnach von objektiven Kriterien aus; der Fahrlässigkeitsbegriff ist objektiviert[103]. Diese Verhaltensnormen, deren Nichteinhaltung massgeblich ist für die Bestimmung der Fahrlässigkeit, können nun auch Inhalt einer gefahrspräventiven Obliegenheit sein. Wird z. B. der Inhaber eines Baugeschäftes verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die von der Behörde und von der SUVA erlassenen Richtlinien und Vorschriften sowie die allgemein anerkannten Regeln der Baukunde beachtet werden, oder muss er sich vor Beginn der Grabarbeiten über die genaue Lage unterirdischer Leitungen orientieren, so handelt es sich um gefahrsvorbeugende Obliegenheiten; tritt der Versicherungsfall ein, so werden aber diese behördlichen Vorschriften, die Regeln der Baukunde sowie die Tatsache, dass sich der VN über die Lage der Leitungen nicht informiert hat, bei der Frage nach dem Verschulden des VN bei der Herbeiführung des Versicherungsfalles berücksichtigt. Diese Dualität führt zu Abgrenzungsschwierigkeiten. So hält Art. 7 der AVB für die Diebstahlversicherung von Banken Ausgabe 1.67 Helvetia-Feuer unter dem Marginale «Sorgfaltspflicht und schuldhafte Herbeiführung des befürchteten Ereignisses» fest:

> Die Bank ist zu der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt verpflichtet und hat die zum Schutze der versicherten Sachen erforderlichen Kontroll- und *Sicherheitsmassnahmen* zu treffen.
>
> Haben die Bank oder ihre Hilfspersonen das Ereignis grobfahrlässig herbeigeführt, so ist die Gesellschaft berechtigt, ihre Leistung in einem dem Grade des Verschuldens entsprechenden Verhältnis zu kürzen.

Im ersten Absatz dieses Artikels wird eine Obliegenheit festgehalten, währenddem der zweite Absatz ganz allgemein den Inhalt von VVG 14 aufführt. Die dadurch vertraglich festgehaltene Rechtsfolge, die weniger weit geht als die in Art. 29/2 VVG festgehaltene und deshalb in Anbetracht von Art. 98 VVG auch von Bestand sein dürfte, führt zu einer Gleichbehandlung von gefahrsvorbeugen-

[101] Die Unterscheidung in Sorgfaltspflichten, Sicherheitsvorschriften und andere Obliegenheiten (vgl. hinten S. 124 «Ausgabe 1970») ist terminologischer Natur; alle daraus hervorgehenden «Pflichten» sind Obliegenheiten.

[102] Vgl. statt vieler Koenig S. 295/296 und Fussnoten 1–3 S. 296.

[103] Anderes gilt für das Verschulden bei Obliegenheitsverletzungen, vgl. hinten S. 75 ff.

den Obliegenheiten und der Herbeiführung des Versicherungsfalles[104]. Sind demnach häufig die gefahrsvorbeugenden Obliegenheiten Ausdruck einer allgemeinen Sorgfaltspflicht, die massgebend ist für die Beurteilung des Verschuldens nach VVG 14, so besteht auch die Möglichkeit, dass infolge Verletzung einer derartigen Obliegenheit der Versicherungsfall eintritt und diese Sorgfaltspflichten, die verletzt wurden, zugleich Grundlage für die Verschuldensfrage bei der Herbeiführung des Versicherungsfalles bilden. MÖLLER bezeichnet diese Obliegenheiten als solche, die eine Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles bezwecken und will bei ihrer Verletzung und Eintritt des Versicherungsfalles die Regeln des § 32 dVVG konkurrierend mit denjenigen des § 61 anwenden[105, 106].

Meines Erachtens kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden, weil gerade die gefahrsvorbeugende Obliegenheit, die ja rechtstheoretisch auf das gleiche Grundprinzip der Rechtsordnung wie VVG 14 zurückgeführt werden kann, im Gegensatz zu VVG 14 vom Belasteten ein bestimmtes Verhalten verlangt und damit über diese Bestimmung hinausgeht. Hätte der Versicherer kein besonderes Interesse an der Auferlegung und Erfüllung dieser Obliegenheit, so hätte er sie gar nicht speziell festzuhalten brauchen, da ihm gemäss Art. 14 VVG eine dem Verschulden entsprechende Kürzungsmöglichkeit zugestanden wird. Die Rechtsfolgen können demnach nicht gehäuft werden, sondern die vertraglich vereinbarte Rechtsfolge der Verletzung einer gefahrsvorbeugenden Obliegenheit geht unter Vorbehalt von Art. 29/2 VVG dem Art. 14 VVG vor. Eine weitere Ansicht vertritt REIMER SCHMIDT[107], der den unserem Art. 14 zumindest teilweise entsprechenden § 61 dVVG als subjektive Gefahrsumstandsausschlussklausel betrachtet und deswegen zum Schlusse kommt, dass von vornherein diejenigen subjektiven Gefahrsumstände aus der Gefahrtragung des Versicherers herausgenommen werden, welche den Versicherungsfall im Sinne jener Vorschrift herbeiführen. Nach ihm stehen demnach die Tatbestände gefahrverhütender Obliegenheiten gemäss § 32 dVVG, deren grobfahrlässige[108] Verletzung den Versicherungsfall unmittelbar herbeiführen, zu den Bestimmungen über die Herbeiführung des Versicherungsfalles im Verhältnis der Subsidiarität.

Von den gefahrvermindernden Obliegenheiten sind diejenigen abzugrenzen, die die Verhinderung einer Gefahrserhöhung zum Inhalt haben. Eine Gefahrser-

[104] Vgl. WALTER KÖNIG (Der Versicherungsbetrug, Diss. Zürich 1968, S. 146), der den Sicherheitsvorschriften die Praktikabilität abspricht und zum Schlusse kommt, dass den Versicherern nicht viel anderes übrigbleibe, «als die höchst unpopuläre Berufung auf grobe Fahrlässigkeit».

[105] MÖLLER N 10 und 18 zu § 32.

[106] Vgl. Art. 15 AVB der Betriebshaftpflichtversicherung für das Baugewerbe (10.68) mit dem Marginale Schadenverhütungsmassnahmen: «Die Versicherten sind verpflichtet, einen gefährlichen Zustand, der zu einem Schaden führen könnte, und dessen Beseitigung die Ges. verlangt hat, innerhalb angemessener Frist auf eigene Kosten zu beseitigen.»
Art. 17 bezeichnet dies ausdrücklich als Obliegenheit.

[107] REIMER SCHMIDT S. 217/218.

[108] Spez. Erfordernis nach dVVG.

höhung setzt voraus, dass die Gefahrslage auf dem erhöhten Niveau ausruht[109]. Räumt ein VN entgegen der ihm vertraglich überbundenen Obliegenheit leicht brennbares Material nicht weg und entsteht ein Brand, so ist ausschliesslich Art. 29 VVG anwendbar, wenn dieses Verhalten vor Eintritt des befürchteten Ereignisses einen erhöhten Gefahrenzustand herbeiführte. Führt hingegen die Kausalkette unmittelbar zum Versicherungsfall, so ist ausschliesslich Art. 14 VVG anwendbar[110].

§ 5 Auswirkungen der Beziehung zwischen versicherungsrechtlichen Obliegenheiten und Hauptpflichten des Versicherungsvertrages

Wie vorne[1] festgestellt wurde, handelt es sich bei den versicherungsrechtlichen Obliegenheiten grundsätzlich um Pflichten minderer Zwangsintensität; auf Grund besonderer vertraglicher Abmachung kann eine derartige Obliegenheit auch als echte Rechtspflicht begründet werden. Wird eine Obliegenheit als echte Rechtspflicht konstituiert, so handelt es sich um eine Nebenpflicht, da Hauptpflichten die Prämienzahlungspflicht des VN sowie die bedingte Leistungspflicht des Versicherers sind[2, 3].

I. Rechtsfolgen der Verletzung von Nebenpflichten als Begrenzung der Rechtsfolgen bei der Verletzung von Pflichten minderer Zwangsintensität

Vorne[4] haben wir, je nachdem, ob eine Nebenpflicht einen Eigenzweck verfolgt oder ob sie nur die pflichtgemässe Erfüllung der Hauptpflicht oder des Vertrages überhaupt sichern soll, selbständige und unselbständige Nebenpflichten unterschieden. Wird eine unselbständige Nebenpflicht verletzt, so muss, damit diese Verletzung überhaupt relevant sein kann, eine Leistungsstörung im ganzen vorliegen; die an und für sich mögliche Verletzung einer unselbständigen Nebenpflicht, die keine Leistungsstörung zur Folge hat, bleibt folgenlos. Die Rechtsfolgen bestimmen sich bei der Leistungsstörung im ganzen nach den allgemeinen Bestimmungen des OR Art. 97 ff.

[109] Möller N 9–12 zu § 23 und N 10 zu § 32; Reimer Schmidt S. 217; Schuppisser S. 12.
[110] Vgl. Reimer Schmidt S. 217, Schuppisser S. 12, Ostertag N 4 zu Art. 29.
[1] Vgl. S. 47/48.
[2] Vertreter der Verbindlichkeitstheorie bezeichnen die versicherungsrechtlichen Obliegenheiten als Nebenpflichten; vgl. Koenig S. 95 und 127; Ehrenzweig S. 147 ff.; Kern S. 10; Corneille S. 10.
[3] Bezüglich echte Nebenpflichten vgl. Hans Möller, Die Verhütung der Gefahrverwirklichung und des Schadens..., ZVersWiss *1968* 75.
[4] Vgl. S. 28 ff.

Im Gegensatz dazu werden bei der Verletzung einer selbständigen Nebenpflicht die Hauptverpflichtungen nicht tangiert. Bezüglich der Rechtsfolgen haben wir festgestellt[5], dass grundsätzlich kein Rücktrittsrecht gegeben ist, sondern in den meisten Fällen nur Schadenersatz in Form des negativen Interesses in Frage kommt.

Ohne spezielle Regelung im VVG oder im Versicherungsvertrag müssten diese Rechtsfolgen bei den versicherungsrechtlichen Obliegenheiten dann Anwendung finden, wenn es sich um echte Rechtspflichten handeln würde. Da eine spezielle Regelung vorliegt, ist eine Bestimmung der Rechtsfolgen nach den allgemeinen Regeln da nicht notwendig, wo eine abschliessende Regelung besteht, hingegen können die bestehenden Rechtsfolgen mit den hergeleiteten verglichen und auf ihre Angemessenheit überprüft werden. Unter Umständen lassen sich sogar aus den allgemeinen Rechtsfolgen Schlüsse ziehen, die bei den spezialrechtlichen anzuwenden sind. Dabei ist insbesondere aber zu beachten, dass die versicherungsrechtlichen Obliegenheiten Pflichten minderer Zwangsintensität sind. Liegt aber nur eine abgeschwächte Pflichtigkeit vor, so kann die Verletzung von versicherungsrechtlichen Obliegenheiten zwangsläufig im Verhältnis zur Verletzung von echten Nebenpflichten nur abgeschwächte Sanktionen zur Folge haben[6]. «Zweck, typische Interessenlagen und rechtstheoretische Begründung machen demnach Rechtsfolgen notwendig, die grundsätzlich ‚schwächer' sind als die bei Verbindlichkeitsverletzungen gegebenen[7,8].» Die Rechtsfolgen der Verletzung von Nebenpflichten setzen einen Rahmen, über den die Rechtsfolgen einer Obliegenheitsverletzung nicht hinaus gehen können, da diese ja als Pflichten minderer Zwangsintensität den echten Rechtspflichten untergeordnet sind.

II. Unselbständige und selbständige Obliegenheiten

Ausgehend von der Unterteilung der Nebenpflichten in selbständige und unselbständige und den damit verbundenen wesentlichen Unterschieden in den Rechtsfolgen für den Fall einer Nebenpflichtverletzung, lässt sich nun die Frage aufwerfen, ob nicht auch bei den Obliegenheiten i. e. S. die ja als Pflichten minderer Intensität ebenfalls in irgendeiner Beziehung zur Hauptverbindlichkeit stehen, bestimmte Schlüsse für die Rechtsfolgen aus dieser besonderen Stellung zur Hauptverpflichtung gezogen werden können.

[5] Vorne S. 34/35.
[6] Reimer Schmidt S. 104.
[7] Reimer Schmidt S. 317; Soergel/Siebert N 111 zu § 242; Wannagat S. 88.
[8] Reimer Schmidt (S. 317/318) betont, dass man ja auch nicht von Gläubiger und Schuldner, sondern vom Obliegenheitsberechtigten- und -verpflichteten spreche.

1. Unselbständige Obliegenheiten

a) Obliegenheiten vor Eintritt des befürchteten Ereignisses

Beim Versicherungsvertrag handelt es sich um einen synallagmatischen Vertrag, bei dem der Leistung des VN die Leistung des Versicherers gegenübersteht, die aber nur bei Eintritt des Versicherungsfalles unbedingt geschuldet wird[9].

Die Prämie wird dabei unter Zuhilfenahme der Statistik und der Wahrscheinlichkeitsrechnung als äquivalente Gegenleistung des VN bestimmt.

Tritt nun eine Gefahrserhöhung ein – die ja gemäss Art. 28 Abs. 2 VVG darin besteht, dass für die Beurteilung der Gefahr erhebliche Tatsachen, deren Umfang die Parteien bei Vertragsabschluss festgestellt haben, sich ändern –, wird die Gefahr des Bedingungseintrittes derart zuungunsten des Versicherers verschärft, dass ihm, da die errechnete Prämie nicht mehr den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht, die Möglichkeit zugestanden werden muss, sich entweder vom Vertrag zu befreien oder eine höhere Prämie zu verlangen[10]. Dass nun bei einer Gefahrserhöhung ohne Zutun des VN die veränderten Umstände nur dann berücksichtigt werden dürfen, wenn der VN die Anzeige der Gefahrserhöhung nicht unternimmt, ist eine zugunsten des VN getroffene, gesetzliche Lösung. Diese Obliegenheit verfolgt aber keinen Eigenzweck, denn sie dient ja der Berücksichtigung veränderter Umstände, die für den Vertragsabschluss bzw. dessen Gestaltung von wesentlicher Bedeutung sind[11].

Anders verhält es sich mit den gefahrspräventiven Obliegenheiten. Hier versucht der Versicherer, einer voraussehbaren Veränderung der Möglichkeit des Bedingungseintrittes vorzubeugen, indem er den VN zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet. Die gefahrspräventiven Obliegenheiten werden demnach vom Versicherer bereits bei der Prämienfestsetzung berücksichtigt, wobei sie den Prämienbetrag herabsetzen, da ja die Wahrscheinlichkeit der Gefahrverwirklichung verkleinert wird. Dass das Erfüllen einer derartigen Obliegenheit zu einer wesentlichen Gefahrsverminderung führen könnte und damit Art. 23 VVG zur Anwendung gelangt, dürfte entgegen anderslautender Ansicht[12] kaum der Fall sein, da dies bereits bei der Prämienfestsetzung berücksichtigt wurde[13]. Die gefahrspräventiven Obliegenheiten stehen somit in einem inneren Zusammenhang mit dem befürchteten Ereignis; ihre Verletzung führt zu einer Störung der Äquivalenz zwischen Prämie und der vom Versicherungsfall abhängigen Leistung des Versicherers. Ihre Erfüllung dient demnach auch der Äquivalenzerhaltung[14], so dass es

[9] Vorne S. 19 ff.
[10] Vgl. Corneille S. 37/38 und 78/79.
[11] Auf die Einzelheiten ist hier noch nicht einzugehen; vgl. hinten S. 65 N 49a und weitere Verweise.
[12] Diener S. 75.
[13] Corneille S. 84/85.
[14] Vgl. vorne S. 39 ff.

sich um Obliegenheiten ohne Eigenzweck handeln muss. Dies geht auch aus den Ausführungen von ROELLI[15] hervor, der festhält, dass die Obliegenheiten des Art. 29 VVG dem VN «im Hinblick auf die vom Versicherer übernommene Gefahr» auferlegt werden.

b) Obliegenheiten nach Eintritt des befürchteten Ereignisses

Vorne[20] haben wir festgestellt, dass in den meisten Fällen mit dem Eintritt des befürchteten Ereignisses die bedingte Leistungspflicht des Versicherers sich in eine unbedingte wandelt, hingegen der Umfang der Leistung noch nicht feststeht. So kann ein Brand mehrere Tage dauern, so dass sich der entstehende Schaden von Tag zu Tag vergrössert. In der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung sind die gerade heute einen erheblichen Teil der Versicherungsleistung ausmachenden Chômageforderungen abhängig von der Reparaturdauer; auch hier ist demnach der Umfang der Leistungspflicht des Versicherers nicht schon mit dem Eintritt des befürchteten Ereignisses gegeben.

aa) Die Rettungspflicht gemäss Art. 61 VVG

Diese Obliegenheit beschlägt diejenigen Tatbestände, bei denen der VN oder At durch geeignetes Verhalten den durch den Eintritt des befürchteten Ereignisses bedingten Schadensumfang hätte vermindern können[21]. Die vermeidbare Vergrösserung des Schadenumfanges geht demnach zu Lasten des VN oder At, währenddem die unvermeidbare Vergrösserung immer als ein unter die Versicherungsdeckung fallender Schadensbestandteil zu betrachten ist. Dieser Artikel hält demnach auf analoge Art und Weise das unserer Rechtsordnung zugrunde liegende Prinzip fest, dass selbstverursachter Schaden nicht ersatzwürdig ist, was ja aus dem Grundsatz des unredlichen Rechtserwerbes hervorgeht. Weitergehend – und darin dürfte m. E. das Massgebliche dieser Bestimmung liegen – wird dem Versicherer die Möglichkeit eingeräumt, dem VN oder At Weisungen zu erteilen, die dieser einholen muss, wenn nicht Gefahr im Verzuge ist.

Diesen unter Umständen sehr weitgehenden Verhaltensvorschriften, die dem VN oder At den Umständen entsprechend auferlegt sind oder mittels Weisungen des Versicherers auferlegt werden können, entspricht der vom Versicherer vorzunehmende Ersatz der Kosten gemäss Art. 70, sofern diese nicht offenbar unzweckmässig aufgewendet wurden. Es ist «der aus Billigkeitsgründen vorgenommene Ausgleich dafür, dass der VN auch im Interesse des Versicherers tätig geworden ist»[22].

[15] ROELLI N 3 zu Art. 29 S. 351.
[20] Vgl. vorne S. 41.
[21] Eine herbeigeführte Erhöhung fällt von vorneherein ausser Betracht, wenn die adäquate Kausalität mit dem befürchteten Ereignis unterbrochen ist.
[22] REIMER SCHMIDT S. 220; vgl. KOENIG S. 278.

Aus diesen Gründen erhellt, dass die Rettungspflicht, die im übrigen nicht nur auf die Schadensversicherung Anwendung findet[23], ebenfalls unselbständiger Natur ist, da sie darauf gerichtet ist, die Äquivalenz aufrechtzuerhalten.

Kein Platz ist für diese Rettungspflicht bei denjenigen Versicherungsarten oder Versicherungsleistungen, bei denen bereits mit Eintritt des befürchteten Ereignisses die auszurichtende Summe feststeht, wie z. B. bei der Todesfallsumme aus Personenversicherungsverträgen; allgemein gesagt, überall dort, wo der Eintritt des befürchteten Ereignisses einen Anspruch auf eine vertraglich feststehende Summe zum Entstehen bringt.

bb) Das Veränderungsverbot gemäss Art. 68 VVG

Diese Obliegenheit, die unter anderem auch die Rettungspflicht ergänzt, erweist sich bei näherer Betrachtung als nichts anderes, als eine aus dem Vertrag hervorgehende Unterlassungspflicht, sämtliche Handlungen zu unterlassen, die nach dem Versicherungsfall die Regulierung auf irgendeine Weise stören könnten. Sie resultiert aus dem offensichtlichen Bedürfnis des Versicherers, die Umstände des Eintrittes des befürchteten Ereignisses in unverfälschtem Zustande überprüfen zu können, verfolgt somit keinen Eigenzweck.

cc) Die Anzeige-, Auskunfts- und Belegpflicht gemäss Art. 38 und 39 VVG

An der Erfüllung dieser Obliegenheiten hat der Versicherer ein besonderes Interesse, weil er so schnell wie möglich den Sachverhalt abklären, Beweise sichern und Massnahmen zur Schadensminderung treffen will, ja eventuell sogar, um bei Grossschäden rechtzeitig Reserven verflüssigen zu können[24]. Da sich der Eintritt des befürchteten Ereignisses in der Sphäre des VN oder At abspielt, wird ihm die Anzeigeobliegenheit auferlegt, damit der Versicherer raschestens die obenerwähnten Handlungen vornehmen kann. An einer unverzüglichen und reibungslosen Schadenregulierung sind sowohl der VN oder At als auch der Versicherer interessiert. Wie KELLER[25] richtig bemerkt, dient die Anzeigepflicht der Begründung des Versicherungsanspruches. Ungenau ist es allerdings, von Leistungsvoraussetzung[26] zu sprechen, denn der Versicherungsanspruch entsteht ja mit dem Eintritt des befürchteten Ereignisses; offen bleibt nur in bestimmten Fällen, in welchem Umfang sich die Leistung des Versicherers bewegen wird[27]. Dies ent-

[23] Vgl. KOENIG S. 277.

[24] ROELLI N 1 zu Art. 30 S. 460, KELLER S. 547; FRANK S. 16; REIMER SCHMIDT weist der Anzeigepflicht folgende drei Zwecke zu: Erstellung der Geldleistungsbereitschaft, technische Regulierung, Erstellung eines vorläufigen Schadensstatus zur Erschwerung negativer Manipulationen (Generalreferat S. 42).

[25] KELLER S. 547.

[26] KELLER S. 547 bei N 5.

[27] Vgl. z. B. ROELLI (N 1 zu Art. 38 S. 460.), der richtigerweise festhält, dass die Erfüllung der Anzeigepflicht unter dem Gesichtspunkt von Art. 41/1 VVG Leistungsvoraussetzung sei. Damit meint er aber nichts anderes als Fälligkeitsvoraussetzung.

spricht auch der Rechtsnatur des Versicherungsvertrages als einseitig bedingter, synallagmatischer Vertrag, bei dem die Bedingung in einem kasuellen Ereignis liegt. Der Versicherungsanspruch wird demnach dann zu einem unbedingten Forderungsrecht, wenn objektiv das befürchtete Ereignis eingetreten ist[28].

Auch diese Obliegenheiten verfolgen keinen Eigenzweck, sondern ermöglichen es dem Versicherer nur, die Begründetheit des Anspruches zu überprüfen und wenn nötig Weisungen zur Schadenminderung zu erlassen. Auch hier besteht ein Bedürfnis nach einer reibungslosen Abwicklung des Vertragsverhältnisses, wobei kraft des besonderen Charakters des Versicherungsvertrages die Mitwirkung des VN unerlässlich ist; diese Obliegenheiten verfolgen keinen Eigenzweck, sondern bezwecken primär den Schutz des Versicherers, indem sie verhindern wollen, dass er infolge eines mit dem Vertrag nicht zu vereinbarenden Verhalten des VN oder At eine höhere Versicherungsleistung zu erbringen hat[29].

Was gilt aber, wenn der Eintritt des befürchteten Ereignisses den Anspruch auf eine zum vornherein betragsmässig feststehende Versicherungssumme entstehen lässt? Hat der Versicherer dann überhaupt noch ein Interesse an der Erfüllung der Anzeige-, Auskunfts- und Belegpflicht? Da in solchen Fällen die Leistung des Versicherers – abgesehen davon, ob überhaupt ein Versicherungsfall vorliegt oder nicht – umfangmässig feststeht, muss die Anzeigeobliegenheit entfallen, da «der Versicherer kein Interesse daran hat, vom Eintritt des befürchteten Ereignisses alsbald benachrichtigt zu werden»[30]. Dies gilt insbesondere für die Erlebensfallversicherung[31]. Dass im übrigen die Auskunfts- und Belegpflicht des VN oder At nur auf Begehren des Versicherers[32] zu erfüllen ist, kann nicht als Argument dafür verwendet werden, dass diese Obliegenheiten einen selbständigen Zweck verfolgen. Denn sie sollen sinngemäss nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Versicherer ihre Erfüllung zur Schadenabwicklung unbedingt nötig hat. So braucht ein Sektionsbefund nicht beigebracht zu werden, wenn die Todesursache medizinisch zweifelsfrei feststeht[33].

c) Die Bezeichnung «unselbständige Obliegenheiten»

Aus der festgestellten Beziehung zwischen den Obliegenheiten und den Hauptpflichten des Vertrages bzw. dem Vertragsverhältnis als solchem ging hervor, dass jene grundsätzlich keinen Eigenzweck verfolgen, sondern nur darauf gerichtet sind, das Äquivalenzverhältnis im Versicherungsvertrag zu erhalten. Einen Hinweis auf die Unselbständigkeit der erwähnten Obliegenheiten können wir folgen-

[28] Koenig S. 99; a. M. wohl Keller S. 565.
[29] Keller S. 569/570.
[30] Keller S. 547.
[31] Koenig S. 268; Keller S. 547; Reimer Schmidt S. 227.
[32] Art. 39 Abs. 1 VVG.
[33] Keller S. 575.

den Ausführungen von REIMER SCHMIDT[34] entnehmen: «Wie zahlreiche andere besondere Schuldverhältnisse ist der Versicherungsvertrag durch ein ‚Bündel' von Nebenpflichten i.w.S. gekennzeichnet... Diese Nebenpflichten haben es überwiegend mit der Gefahrtragung zu tun; denn das Risiko, das der Versicherer aufgrund des Versicherungsvertrages wirtschaftlich und rechtlich trägt, befindet sich tatsächlich nicht in seiner Rechtssphäre...» Auch dadurch wird auf den fehlenden Eigenzweck verwiesen, dass bestimmte Obliegenheiten als Oekonomieobliegenheiten bezeichnet werden[35].

Würde es sich bei diesen Obliegenheiten um echte Rechtspflichten handeln, so wären sie infolge Fehlens eines selbständigen Zweckes unter die unselbständigen Nebenpflichten zu subsumieren. Es steht nichts im Wege, diese Bezeichnung ganz allgemein für die Obliegenheiten, also auch für die Obliegenheiten i.e.S., zu verwenden. Eine wichtige Folgerung geht daraus hervor: gemäss ihrem Charakter als unselbständige Obliegenheiten kann eine Rechtsfolge nur dann eintreten, wenn die Obliegenheitsverletzung sich auf das ganze Vertragsverhältnis ausgewirkt hat. Eine Verletzung einer Obliegenheit, die die Äquivalenz nicht zu beeinträchtigen vermag, ist nicht relevant und kann keine Rechtsfolgen nach sich ziehen.

d) Sind die Obliegenheiten nach dem Versicherungsfall selbst dann unselbständige, wenn der Anspruchsberechtigte nicht identisch ist mit dem VN?

Nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen ist der VN oder At gehalten, die Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllen, währenddem die vor dem Versicherungsfall zu erfüllenden Obliegenheiten grundsätzlich dem VN auferlegt werden. Anspruchsberechtigter ist jede Person, der kraft eigenen oder abgeleiteten Rechts ein Anspruch aus dem Versicherungsvertrag gegen den Versicherer zusteht[36]. Ist der At identisch mit dem VN oder ist er ein Rechtsnachfolger, so handelt es sich bei den Obliegenheiten um vertragliche «Pflichten». Ist der At hingegen ein Dritter, der an den Versicherungsvertrag nicht gebunden ist, so handelt es sich um Obliegenheiten, die zum Anspruch des At hinzutreten, und zwar auf Grund von Treu und Glauben. Führen wir nämlich die Obliegenheiten auf das Rechtsmissbrauchprinzip zurück, so ist ersichtlich, dass sie nicht nur mit vertraglichen Ansprüchen einhergehen. Jedermann, nicht nur der Vertragspartner, hat seine Rechte nach Treu und Glauben auszuüben[37]. Damit ist den Schwierigkeiten, die die Konstruktion von vertraglichen Pflichten und die Tatsache, dass ein Vertrag, der einem Dritten Pflichten auferlegt, grundsätzlich ohne Einwilligung dieses Dritten nicht gültig ist, mit sich brachten, von

[34] REIMER SCHMIDT, Generalreferat, S. 13.
[35] HEDINGER S. 62 ff., insbes. S. 83/84; HAINARD S. 56.
[36] ROELLI N 3a zu Art. 14 S. 207 und N 4 zu Art. 38 S. 461.
[37] Vgl. ZGB 2.

vorneherein die Spitze gebrochen[38]. So wie das Eigentum inhaltlich immer beschränkt ist, sei es durch gesetzliche oder vertragliche Eigentumsbeschränkungen, ist auch der Versicherungsanspruch jeweils nach der bestehenden Rechtsordnung beschränkt. Auch hier kann man von unselbständigen Obliegenheiten sprechen, denn diese verfolgen wie die vertraglich auferlegten keinen selbständigen Zweck, sondern sind, basierend auf Treu und Glaube, darauf gerichtet, einen den Auswirkungen des Versicherungsfalles entsprechenden Anspruch zu erwirken, mithin den Versicherer zu schützen und ihm nur diejenigen Folgen aufzubürden, gegen die sich der VN versichert hat.

2. Selbständige Obliegenheiten

Als einzige gesetzliche Obliegenheit mit einem selbständigen Zweck kann die Anzeigepflicht bei Doppelversicherung betrachtet werden. Doppelversicherung ist gemäss Art. 53 VVG dann gegeben, wenn dasselbe Interesse gegen dieselbe Gefahr und für dieselbe Zeit bei mehr als einem Versicherer dergestalt versichert ist, dass die Versicherungssummen zusammen den Versicherungswert übersteigen[39]. Das Gesetz sieht nun in derartigen Fällen eine Anzeigepflicht des VN vor. Der Zweck dieser Anzeigepflicht liegt darin, den Gefahren der Doppelversicherung vorzubeugen und dem Versicherer zu ermöglichen, Art. 71 VVG anzuwenden[40]. Eine Verletzung dieser Obliegenheit hat keinen Einfluss auf die Äquivalenz des Versicherungsvertrages, denn die errechnete Prämie ist auch bei Vorliegen einer Doppelversicherung die äquivalente Leistung des VN zur bedingten Leistung des Versicherers. Der Gesetzgeber wollte aber eine Kumulation der Versicherungsansprüche bei der Schadensversicherung vermeiden, da dies dann dem Versicherungsgedanken widerspricht, wenn sich der VN eine den wirklichen Schaden übersteigende Entschädigung verschaffen könnte. Diese Obliegenheit verfolgt demnach einen selbständigen Zweck und kann somit als selbständige Obliegenheit bezeichnet werden.

3. Anzeichen für eine derartige Unterscheidung in der Doktrin

Währenddem Weyermann[41] und Kern[42] generell davon sprechen, dass die Obliegenheiten eine äquivalenzerhaltende Funktion haben, formuliert Grob[43]

[38] Vgl. z. B. Kern (S. 117), der mit dem Argument, dass in der Geltendmachung des Anspruches durch den At zugleich eine Anerkennung der Obliegenheiten als Pflichten liege, durchzukommen hoffte.
[39] Koenig S. 322 ff.; Jaeger N 1 ff. zu Art. 53 ff.; Gantenbein S. 162 ff.
[40] Jaeger N 47 zu Art. 53 S. 118; Reimer Schmidt S. 209.
[41] Weyermann S. 10.
[42] Kern S. 16.
[43] Grob S. 28.

einschränkender, dass mehr oder weniger alle Obliegenheiten diese äquivalenzerhaltende Funktion erfüllen. In der Tat ist der Gedanke, dass Obliegenheiten immer auf die vom Versicherer übernommene Gefahr bezogen sein müssen, heute überholt[44]. Wohl beziehen sich die meisten versicherungsrechtlichen Obliegenheiten auf eine Beeinflussung der Gefahrenlage; dies ist aber nicht notwendig der Fall[45].

Diese Unterscheidung deckt sich mit unserer Trennung der selbständigen und unselbständigen Obliegenheiten. Die unselbständigen sind äquivalenzerhaltend, beziehen sich mithin auf die Gefahr, währenddem dieser Bezugspunkt für die selbständigen Obliegenheiten entfällt. Dies darf auch aus der Äusserung von Ehrenzweig[46] geschlossen werden, will er doch den Einredebeweis der Bedeutungslosigkeit einer Obliegenheitsverletzung – den er sonst grundsätzlich als zulässig erachtet[47] – bei der Anzeige der mehrfachen Versicherung nicht zulassen, weil dadurch diese Obliegenheit entwertet würde.

III. Auswirkung der Unterscheidung von unselbständigen und selbständigen Obliegenheiten auf die möglichen Rechtsfolgen

Wie vorne[48] festgestellt, geben uns die Rechtsfolgen der Verletzung von (echten) Nebenpflichten einen Rahmen zur Bestimmung der Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzungen. Unter Obliegenheiten verstehen wir ja Obliegenheiten i.w.S. (echte Rechtspflichten) und Obliegenheiten i.e.S. (Pflichten minderer Zwangsintensität), wobei jeweils im Einzelfall zu untersuchen ist, ob infolge besonderer vertraglicher Vereinbarungen die Obliegenheit, die grundsätzlich eine Pflicht minderer Zwangsintensität ist, eine echte Nebenpflicht ist. Wir müssen nun die gezogene Parallele weiterverfolgen und aus der Stellung der Obliegenheit zu den Hauptpflichten die notwendigen Folgerungen ziehen.

1. Der Rahmen der Rechtsfolgen bei den unselbständigen Obliegenheiten

a) Die Kausalität

Wird eine echte Nebenpflicht verletzt, die keinen Eigenzweck verfolgt, so muss, damit überhaupt Rechtsfolgen eintreten können, die Hauptpflicht, auf die sie sich bezieht, verletzt sein bzw. eine Leistungsstörung im ganzen vorliegen. Da die unselbständigen Obliegenheiten i.e.S., die sich ja nur durch ihre verminderte Pflichtintensität von den unselbständigen Nebenpflichten unterscheiden, wie die-

[44] Reimer Schmidt S. 241; Möller N 4 zu § 6.
[45] Reimer Schmidt, Schadenverhütung, ZVersWiss *1968* 83.
[46] Ehrenzweig S. 178.
[47] Ehrenzweig S. 151.
[48] Vgl. S. 57.

se ebenfalls zu einer Hauptpflicht hinzutreten oder ganz allgemein die Abwicklung des Vertrages ermöglichen sollen, kann eine Obliegenheitsverletzung nur dann relevant sein, wenn eine Leistungsstörung im ganzen eingetreten ist. Das heisst, die mindere Pflichtintensität äussert sich höchstens in den Rechtsfolgen, nicht aber in den Voraussetzungen für die Annahme einer Leistungsstörung.

Für die nach Eintritt des befürchteten Ereignisses zu erfüllenden und die gefahrspräventiven Obliegenheiten äussert sich diese Zweckberücksichtigung darin, dass entweder die Obliegenheitsverletzung sich auf den Eintritt des befürchteten Ereignisses ausgewirkt haben muss, der Umfang der vom Versicherer zu erbringenden Leistung tangiert oder sonstwie die Schadenregulierung erschwert worden ist. Mit anderen Worten: die Obliegenheitsverletzung muss sich kausal auswirken. Dieser aus rechtstheoretischen Überlegungen herbeigeführte Schluss lässt sich auch mit anderen Argumenten begründen. Auf diese wird später zurückzukommen sein[48a].

Besonders gilt für die Verletzung der Anzeigepflicht gemäss Art. 30 VVG. Die ohne Zutun des VN entstandene Gefahrserhöhung führt nur dann zu bestimmten Folgen, wenn der VN die ihm bekannte Gefahrserhöhung nicht mitteilt. Aus Art. 28 Abs. 2 VVG geht hervor, dass die Gefahrserhöhung eng mit dem Vertragsabschluss zusammenhängt, mithin eine besondere gesetzliche Regelung der clausula rebus sic stantibus ist[49]. Dass eine Berücksichtigung der veränderten Umstände erst wegen Verletzung der Anzeigepflicht Rechtsfolgen nach sich ziehen soll, ist eine sich in Abweichung von den rechtstheoretischen Gegebenheiten zugunsten des VN auswirkende gesetzliche Regelung[49a].

b) Mögliche Rechtsfolgen

Als Voraussetzung für den Eintritt von Rechtsfolgen haben wir festgehalten, dass sich die Obliegenheitsverletzung kausal auswirken müsse[50]. Welches sind nun die möglichen Rechtsfolgen der Verletzung einer unselbständigen Obliegenheit?

aa) Erzwingbarkeit

Naturgemäss kann eine unselbständige Obliegenheit nicht erzwingbar sein, denn bereits ihre Stellung zu den Hauptpflichten, resultierend aus dem Nichtvorhandensein eines Eigenzweckes, bewirkt ihre Nichterzwingbarkeit[51].

[48a] Vgl. hinten S. 149 ff.

[49] Vgl. S. 66 f. und 99 ff.

[49a] Vgl. S. 66 f. und 99 ff.; ebenfalls Art. 32 Ziff. 1 lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn dieser Artikel als «Billigkeitskorrektiv» zugunsten des VN betrachtet wird; vgl. hinten S. 99 ff.

[50] Vgl. vorne S. 64 f.

[51] Vgl. vorne S. 45 und KELLER S. 434: «Die im Sinne des Art. 29/1 vereinbarten Obliegenheiten sind, selbst wenn sie auf ein Tun gerichtet sind, deren Natur der Sache nach nicht erzwingbar, auch nicht nach Massgabe des Art. 98/1 OR.» Ebenso ROELLI N 3 zu Art. 29 S. 355; KELLER betrachtet hingegen die Anzeigepflicht des Art. 38 VVG grundsätzlich als erzwingbar (S. 567/568), ebenfalls die Auskunftspflicht (S. 571).

bb) Nichtgebundensein an den Vertrag, Leistungsfreiheit und Kürzung

Damit überhaupt derartig schwerwiegende Rechtsfolgen eintreten können, muss ein erhebliches Missverhältnis zwischen den beiden äquivalenten Hauptleistungen entstanden sein.

Allgemein gilt, dass veränderte Verhältnisse nicht schlechthin die Auflösung eines Vertrages gestatten[52]. Das heisst, die clausula rebus sic stantibus findet in unserer Rechtsordnung nur beschränkt Anwendung; nämlich dann, wenn Gesetz oder Vertrag dies festhalten oder wenn das zufolge unvorhersehbarer Umstände eingetretene Missverhältnis so gravierend ist, dass ein Festhalten am Vertrag einen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellen würde[53].

Die Tatbestände der Gefahrserhöhung und der damit verbundenen Anzeigepflichten setzen immer voraus, dass eine wesentliche Gefahrserhöhung und damit eine wesentliche Störung der Äquivalenz eingetreten ist, damit die Rechtsfolge des Nichtgebundenseins geltend gemacht werden kann.

Dass im übrigen gemäss Art. 27 in Verbindung mit Art. 25 Schadenersatz verlangt werden kann, ist nicht unmittelbar auf die Obliegenheitsverletzung, sondern auf die Vertragsauflösung zurückzuführen, denn die Verletzung einer unselbständigen Obliegenheit zieht keine selbständigen Rechtsfolgen, sondern nur dann indirekte Rechtsfolgen mit sich, wenn das ganze Vertragsverhältnis notleidend wird[54].

Eine wesentliche Gefahrserhöhung hat immer eine wesentliche Beeinflussung der Äquivalenz zur Folge, so dass davon ausgegangen werden kann, dass die Regelung von VVG 28 und 30 ein Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus ist. Ist aber das geforderte Missverhältnis nicht wesentlich, so kann die clausula nicht zur Anwendung kommen, der Vertrag bleibt getreu dem Prinzip «pacta sunt servanda» bestehen.

Die Verletzung einer nach dem Versicherungsfall zu erfüllenden Obliegenheit rechtfertigt die Leistungsfreiheit grundsätzlich nicht. Es ist zu berücksichtigen, dass mit dem Eintritt des befürchteten Ereignisses der Versicherungsanspruch entsteht, für den der VN während einer bestimmten Periode seine vertragliche Gegenleistung hat erbringen müssen. Damit ist aber auch sein Anspruch auf die äquivalente Gegenleistung des Versicherers gegeben. Die Obliegenheitsverletzung sollte somit als Rechtsfolge nur eine Herabsetzung der Versicherungsleistung bewirken, wenn sich diese infolge der Obliegenheitsverletzung erhöht hatte.

[52] Merz N 257.

[53] Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, S. 202.

[54] Dies zeigt uns auch, dass die Schlussfolgerung, dass Art. 25 und 27 VVG ausdrücklich den Schadenersatz vorbehalten und deshalb die Obliegenheiten, die zur Vertragsauflösung echte Rechtspflichten sein müssten, nicht haltbar sein kann. Die Schadenersatzpflicht ist an die Auflösung des Vertrages geknüpft, nicht an die Verletzung der Obliegenheit. Vgl. hinten S. 90 N 6; a. M. Koenig S. 139.

Die Rechtsfolge besteht demnach in einer Herabsetzung auf denjenigen Wert, den die Leistung des Versicherers ohne Obliegenheitsverletzung gehabt hätte.

Eine totale Herabsetzung, so dass der Versicherer überhaupt nichts mehr zu leisten hätte, ist praktisch undenkbar, da ja das befürchtete Ereignis eingetreten ist und somit von vornherein ein bestimmter Betrag, der sich beim gedehnten Versicherungsfall noch erhöhen kann, als Leistung des Versicherers feststeht und erst im Anschluss daran Obliegenheitsverletzungen eintreten können[55].

Analoges gilt für die gefahrspräventiven Obliegenheiten; diese sind ja nicht als Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus zu verstehen, da sie sich nicht auf ein unvorhersehbares Ereignis beziehen[55a]. Im übrigen stehen sie in einem engen Zusammenhang mit dem Versicherungsfall, so dass sie den nach Eintritt des befürchteten Ereignisses zu erfüllenden Obliegenheiten gleichzustellen sind.

cc) Übrige Rechtsfolgen.

Geht man davon aus, dass eine Verletzung einer unselbständigen Obliegenheit nur dann vorliegt, wenn die Hauptpflichten verletzt worden sind oder eine Leistungsstörung im ganzen eingetreten ist, so lässt sich auf die blosse Verletzung einer unselbständigen Obliegenheit kein Schadenersatzanspruch abstützen. Höchstens dann könnte von einem Schadenersatzanspruch die Rede sein, wenn eine Leistungsstörung im ganzen eingetreten ist, weil dann eine Nichterfüllung bzw. nicht gehörige Erfüllung eines Vertrages vorliegen würde. Dieser Schadenersatzanspruch ginge aber nicht direkt aus der Obliegenheitsverletzung hervor, sondern aus der durch sie bewirkten Leistungsstörung. Steht aber bereits ein Kürzungsrecht oder sogar die Leistungsfreiheit dem Versicherer zur Verfügung, so kann ihm gar kein Schaden entstanden sein, der es ihm erlauben würde, Schadenersatzansprüche geltend zu machen.

Denkbar wäre ein Schadenersatzanspruch nur in dem Falle, in dem der Versicherer wegen Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses den Versicherungsvertrag auflöst. Dann ist aber der Schadenersatzanspruch nicht direkt auf die Obliegenheitsverletzung zurückzuführen, sondern auf die vorzeitige Vertragsauflösung[55b].

2. Der Rahmen der Rechtsfolgen bei den selbständigen Obliegenheiten

Selbständige Obliegenheiten verfolgen einen Eigenzweck. Damit die mit ihrer Verletzung verbundenen Rechtsfolgen eintreten, ist keine Leistungsstörung im

[55] So setzt die Schadenminderungspflicht des Art. 61 VVG einen eingetretenen Schaden voraus.
[55a] Vgl. hinten S. 101 f.
[55b] Vgl. vorne S. 45; auf den Unterschied zwischen einem Schadenersatzanspruch einerseits und einer Kürzung bzw. Leistungsfreiheit andererseits wird weiter hinten eingegangen (vgl. S. 89/90 und 112 ff.).

ganzen erforderlich. Die Verletzung der selbständigen Obliegenheit an sich genügt. Damit fällt aber auch die bei der Verletzung von unselbständigen Obliegenheiten geforderte Kausalität weg.

Auch EHRENZWEIG unterscheidet Obliegenheiten, für die das Kausalitätserfordernis spielt und solche, für die es keine Geltung haben soll. Wörtlich führt er aus[56]: «Wo es sich dagegen vorweg nur um das subjektive Risiko handelt, wie z. B. bei der Pflicht zur Anzeige der Mehrfachen Versicherung..., dort ist der Einredebeweis der Bedeutungslosigkeit der Pflichtverletzung nicht zugelassen, weil er die Pflicht in aller Regel entwerten würde.» Auch EHRENZWEIG misst somit bestimmten Obliegenheiten einen selbständigen Zweck zu und knüpft daran den Wegfall des Kausalitätserfordernisses.

Wie bereits erwähnt, ist die Anzeigepflicht des Art. 53 VVG eine selbständige Obliegenheit. Da sie zudem im ausschliesslichen Interesse des Versicherers liegt – die Rechtsfolgen sind bereits bestimmt gemäss Art. 71 VVG; eine besondere Folge für die Obliegenheitsverletzung ist nicht vorgesehen –, liegt eine echte Rechtspflicht vor.

Aus der selbständigen Natur dieser Anzeigepflicht kann ein wichtiger Schluss gezogen werden: damit eine Verletzung überhaupt Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis als ganzes haben kann, müssen besondere Umstände vorliegen.

a) Erzwingbarkeit

Da es sich um eine echte, selbständige Rechtspflicht handelt, steht theoretisch einer Erzwingbarkeit nichts im Wege. Praktisch ist sie aber bedeutungslos, denn damit der Versicherer die Erfüllung überhaupt fordern kann, muss er Kenntnis davon haben, dass eine Doppelversicherung besteht. Es könnte ihm höchstens noch darum gehen, die Modalitäten der einzelnen Verträge zu erfahren. Will ihm dies der VN aber nicht mitteilen, so liegt der Schluss nahe, dass dieser betrügerische Absichten hat, so dass sich der Versicherer auf VVG 53 Abs. 2 berufen kann.

b) Dahinfallen des Vertrages und Leistungsfreiheit

Auszugehen ist davon, dass die Verletzung einer selbständigen, echten Nebenpflicht grundsätzlich nicht zu einer sofortigen Vertragsauflösung führt. Dies gilt vielmehr nur in den Fällen, in denen die Nebenverpflichtung für den Berechtigten eine für den Abschluss des Vertrages entscheidende Bedeutung hatte und durch das Verhalten des Belasteten der Vertragszweck so schwer gefährdet wird, dass dem Berechtigten die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden darf[57]. Ähnliche Überlegungen gelten bezüglich der Leistungsfreiheit.

[56] EHRENZWEIG S. 178.
[57] Vgl. vorne S. 38 f. und 34/35.

Verfolgt eine Obliegenheit einen Eigenzweck, so darf nicht leichthin bei ihrer Verletzung der Versicherungsanspruch entzogen werden.

c) Übrige Rechtsfolgen

Auf Grund der Rechtsnatur ist ein Schadenersatzanspruch wegen Verletzung der Rechtspflicht gegeben. Theoretisch denkbar, hingegen praktisch wohl nicht durchführbar ist die Verbindung der Pflichtverletzung mit einer Konventionalstrafe[57a].

IV. Zusammenfassung

Versicherungsrechtliche Obliegenheiten verfolgen in der Regel keinen Eigenzweck, sind demnach unselbständiger Natur, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Pflichten minderer Zwangsintensität (Obliegenheiten i. e. S.) oder kraft besonderer Umstände um echte Rechtspflichten (Obliegenheiten i. w. S.) handelt. Daraus erhellt, dass die Verletzung der Obliegenheit an sich nicht genügt, um bestimmte Rechtsfolgen anzuwenden, sondern es ist erforderlich, dass das ganze Vertragsverhältnis gestört wird. Die in einem solchen Fall anzuwendende Rechtsfolge sollte grundsätzlich in einer Korrektur bestehen, wobei die vom Versicherer auszurichtende Entschädigung herabgesetzt oder, wenn der Versicherungsfall noch nicht eingetreten ist, eine Anpassung der Prämie vorgenommen wird oder sich der Versicherer von diesem Vertrag befreien kann.

Als einzige gesetzliche Obliegenheit verfolgt diejenige des Art. 53 VVG einen Eigenzweck und ist deshalb selbständiger Natur. Mit der selbständigen Natur ist aber auch ein besonderes, überwiegendes Interesse des Versicherers an der Obliegenheit gegeben, so dass es sich in der Regel bei selbständigen Obliegenheiten um echte Rechtspflichten handeln dürfte, d. h. um Obliegenheiten i. w. S. Liegt aber eine echte selbständige Nebenpflicht vor, so hat diese im Verletzungsfalle auch einen selbständigen Schadenersatzanspruch zur Folge. Da zudem eine selbständige Obliegenheit weder zu den Hauptpflichten noch zum Leistungsverhältnis in einer besonderen Beziehung steht, geht es nicht an, leichthin die Leistungsfreiheit des Versicherers zu bejahen. Diese kann nur in besonders krassen Fällen von Verletzungen selbständiger Obliegenheiten zur Anwendung gelangen.

[57a] Vgl. hinten S. 121.

3. Teil: Dolose Obliegenheitsverletzung und pönaler Gehalt der angedrohten Sanktionen

§ 6 Dolose Obliegenheitsverletzung

Verschiedene gesetzliche Bestimmungen knüpfen an eine qualifizierte Obliegenheitsverletzung eine besonders strenge Rechtsfolge: das Nichtgebundensein an den Vertrag. Worin besteht nun dieses qualifizierende Element und was ist unter der erwähnten Rechtsfolge zu verstehen?

I. Absichtliche Verletzung einer Obliegenheit

Im Unterschied zum dVVG, wo die vorsätzliche Verletzung einer Obliegenheit erwähnt wird[1], ist im VVG im Zusammenhang mit den Obliegenheiten immer von einem absichtlichen Handeln die Rede[2]. ROELLI[3] gibt diesem Begriff «Absicht» eine besondere Bedeutung; nach ihm ist Absicht der auf den Erfolg gerichtete Wille (Erfolgswille), währenddem Vorsatz dagegen der auf die Tat gerichtete Wille (Tatwille) sei. Nach KERN[4] sind diese beiden Ausdrücke synonym. In der Tat ist «Absicht» vielfach mit «Vorsatz» gleichbedeutend; hingegen ist die Absicht i.e.S. dann verwirklicht, wenn als qualifizierendes Merkmal zum Vorsatz ein bestimmter Beweggrund hinzutritt[5].

Im VVG liegt das qualifizierende Moment in der betrügerischen Handlungsweise. Dies geht klar aus Art. 40 und 68 hervor, gilt aber gemäss Marginale zu Art. 26 VVG auch für Art. 28/3 und 38/3. So hält auch Roelli in seiner Kommentierung zu Art. 26 fest, dass es sich um betrügerische Verletzungen der Anzeigepflicht handelt, obschon er dieses Charakteristikum dann in der Erläuterung zu Art. 38/3 nicht mehr verwendet. Andernorts[6] führt er aus, dass «lediglich die in betrügerischer Absicht unterlassene Schadensmeldung» zur Verwirklichung des Versicherungsanspruches führen könne.

[1] Vgl. § 6, 3 und MÖLLER N 28 zu § 6.
[2] Vgl. Art. 26, 38/3, 51, 53, 68 VVG.
[3] ROELLI N 3 b zu Art. 14 S. 216; so auch SCHÖNENBERGER S. 22/23.
[4] KERN S. 96.
[5] SCHUPPISSER S. 37 und 44; OFTINGER N 12. S. 124; MÖLLER N 51 zu § 34.
[6] ROELLI, Der schweizerische und deutsche Entwurf zur Kodifikation des privaten Binnenversicherungsrechtes, Sonderabdruck aus ZVersWiss S. 341; vgl. auch Botschaft S. 43, wo vom «bösgläubigen Anzeigepflichtigen» die Rede ist, und KELLER S. 578 und 587, ZINGG S. 60, MAYR S. 8 ff. (insbes. die Überschrift); SVA VI Nr. 282 S. 491.

Eine betrügerische Absicht ist entgegen dem Wortlaut von Art. 53/2 auch für die Unterlassung dieser Anzeigepflicht vorausgesetzt[7]. Sonst käme man zu dem stossenden Ergebnis, dass derjenige, der einen zweiten Versicherungsvertrag abschliesst und damit den Tatbestand der Doppelversicherung erfüllt, seiner Anzeigepflicht aber gutgläubig nicht nachkommt, weil er die erste Versicherung auf den nächstmöglichen Termin kündigen will, demjenigen gleichgestellt wird, der in betrügerischer Absicht diese Anzeigepflicht nicht erfüllt. Diese Ansicht vertritt auch KOENIG[8], der für den Eintritt der strengen Sanktionen einer betrügerischen Doppelversicherung – zusätzlich zum Gesetzeswortlaut – verlangt, dass die Unterlassung der Anzeige nur dann derart einschneidende Rechtsfolgen nach sich ziehen könne, wenn sie in der Absicht geschah, einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu erlangen.

Dass diese absichtlichen Verhaltensweisen zu einer ökonomischen Schädigung des Versicherers führen müssen, ist dagegen nicht gefordert[9]; es kann nicht gefordert sein, denn wenn dieses absichtliche Verletzen von Obliegenheiten entdeckt und bewiesen ist, besteht keine Gefahr, dass der Versicherer etwas verliert[10]. Der Grund für die rigorosen Rechtsfolgen kann demnach nur in einer besonders ausgeprägten Präventivwirkung liegen.

II. Gesetzliche Regelung der Rechtsfolgen betrügerischer Obliegenheitsverletzungen

1. Die einzelnen Tatbestände

a) Betrügerische Nichtanzeige des Versicherungsfalles

Die Anzeige des Versicherungsfalles ist für den Versicherer von besonderer Bedeutung, spielt sich doch der Eintritt des befürchteten Ereignisses in der Lebenssphäre des VN oder At ab, in die der Versicherer nur eine beschränkte Einsichtmöglichkeit hat. Wird nun diese Anzeigepflicht in betrügerischer Absicht verletzt, so wird das Versicherungsverhältnis insofern gestört, als der Einzelanspruch des At mangelhaft wird. Der Versicherer kann eine Kollusion oder eine Verfälschung kaum erkennen, geschweige denn verhindern.

[7] Gl. M. OSTERTAG/HIESTAND N 7 zu Art. 53 und ROELLI (schweizerische und deutscher Entwurf) S. 354: «Wer Doppelversicherung nimmt, hat sie unverzüglich sämtlichen beteiligten Versicherern zu deklarieren ... Betrügerische Manipulationen bedrohen die Entwürfe hier, wie bei der Überversicherung, mit den schwersten Folgen, die ein Zivilrechtsgesetz aussprechen kann»; ZINGG S. 83; a. M. JAEGER N 62 zu Art. 53 (der sich aber zu widersprechen scheint, N 68 zu Art. 53); GANTENBEIN S. 170; KURMANN S. 121 (widerspricht sich ebenfalls S. 118).

[8] KOENIG S. 325/326.

[9] ROELLI zu Art. 26 S. 325; KELLER S. 583.

[10] HELLNER, Leistungsfreiheit, S. 213.

b) Betrügerische Begründung des Versicherungsanspruches

Art. 40 VVG verpönt jegliche unrichtige Mitteilung zum Zwecke der Täuschung des Versicherers über Tatsachen, die für die Anspruchsbegründung von Belang sind[11]. Liegt eine derartige Täuschung vor, so führt sie auch dann zur vollständigen Befreiung des Versicherers, wenn sie sich nur auf einen Teil des Schadens bezieht[12].

Es sei hier noch auf einen Spezialfall hingewiesen. Kommt der VN oder At beim gedehnten Versicherungsfall seinen Schadenminderungspflichten nicht nach, indem er z. B. den Weisungen des Arztes bei der Heilung nicht Folge leistet und stellt sich eine Verschlimmerung ein, so kann zugleich der Tatbestand des Art. 40 gegeben sein, weil eine Tatsache verschwiegen wird, die an und für sich die Leistungspflicht des Versicherers gemindert hätte[13].

Es liegt der Tatbestand einer sog. Obliegenheitskonkurrenz vor[14].

c) Betrügerische Zuwiderhandlung gegen das Veränderungsverbot

Gemäss Art. 68 VVG darf der VN oder At an den beschädigten Gegenständen keine die Feststellung der Schadenursache oder des Schadens erschwerenden oder vereitelnden Handlungen vornehmen. Tut er dies in betrügerischer Absicht, so ist der Versicherer an den Vertrag nicht gebunden.

Die Tatbestände a), b) und c) haben gemeinsam, dass sich die absichtliche Obliegenheitsverletzung auf den durch den Eintritt des befürchteten Ereignisses entstandenen Versicherungsanspruch bezieht. Primär muss sich demnach die an die Obliegenheitsverletzung geknüpfte Rechtsfolge auf die Leistungspflicht des Versicherer für das in Frage stehende befürchtete Ereignis beziehen. Nur sekundär ist eine Auswirkung auf den gesamten Versicherungsvertrag denkbar.

Ganz anders liegen die Verhältnisse bei der betrügerischen Verletzung der Pflicht, eine Doppelversicherung anzuzeigen.

d) Betrügerische Verletzung der Pflicht zur Anzeige einer Doppelversicherung

Diese besondere Anzeigepflicht ist nur in der Schadensversicherung von Bedeutung, weil nur hier die Gefahr besteht, dass sich der VN in einer mit unserer Rechtsanschauung nicht übereinstimmenden Weise bereichern könnte. Dass der Gesetzgeber dies verhindern wollte, geht bereits aus der Tatsache hervor, dass er in Art. 53/2 VVG die in Bereicherungsabsicht abgeschlossene Doppelversiche-

[11] SVA X Nr. 44 S. 184 und 187, SVA XI Nr. 43 S. 238 ff.

[12] SVA X Nr. 45 S. 188 ff., SVA XI Nr. 42 S. 232 ff., SVA XII Nr. 50 S. 283 ff., SVA V Nr. 176 S. 358 ff.

[13] Auch dieses Beispiel weist auf die Verknüpfung der nach dem Versicherungsfall zu erfüllenden Obliegenheiten hin.

[14] Vgl. Reimer Schmidt S. 277.

rung mit der Sanktion der Unverbindlichkeit für den Versicherer belegt; die Verknüpfung dieser Sanktion mit der absichtlichen Anzeigepflichtverletzung dient nur als Ergänzung für den Fall, wo diese betrügerische Absicht nicht bereits bei Vertragsabschluss vorlag, sondern als dolus subsequens erst später auftauchte. Ist aber bereits das Versicherungsverhältnis als Ganzes nicht toleriert vom Gesetzgeber, so muss sich die Rechtsfolge gegen den Versicherungsvertrag als solchen richten, seinen Bestand zerstören[15,16].

2. Gesetzlich vorgesehene Rechtsfolgen

Gemäss Art. 38/3 und 68/2 VVG ist der Versicherer an den Vertrag nicht gebunden, wenn die Obliegenheit betrügerisch verletzt wird. Zusätzlich hält 53/2 VVG fest, dass der Versicherer «gegenüber dem Versicherungsnehmer» an den Vertrag nicht gebunden ist, währenddem nach Art. 40 VVG die Nichtgebundenheit «gegenüber dem Anspruchsberechtigten» eintritt.

Was ist unter «Nichtgebundenheit an den Vertrag» zu verstehen?

a) Anspruchsverwirkung

Der Versicherer kann für das in Frage stehende befürchtete Ereignis seine Leistungspflicht ablehnen[17]. Da sich die betrügerische Handlung bloss auf den Einzelanspruch bezieht, müssen sich die an diese betrügerische Handlung geknüpften Rechtsfolgen in erster Linie gegen diesen Einzelanspruch richten. Dies entspricht auch der von uns festgestellten Natur des Versicherungsvertrages als synallagmatischer Vertrag, dessen Besonderheit darin liegt, dass der Versicherer nur bedingt leistungspflichtig ist. Weitergehend kann der Grund des Anspruchverlustes unter Umständen für die Fortführung des Vertrages von Bedeutung sein[18].

b) Vertragsauflösung[19]

Die betrügerische Verletzung der erwähnten Obliegenheiten hat nicht nur die Anspruchsverwirkung zur Folge, sondern lässt zugleich ein Vertragsauflösungsrecht entstehen. Dieses Gestaltungsrecht ergibt sich aus der Tatsache, dass, obwohl die betrügerische Obliegenheitsverletzung primär nur den Einzelanspruch tangiert, dem Versicherer nicht mehr zugemutet werden darf, diesen Vertrag mit einem betrügerisch handelnden Vertragspartner aufrechtzuerhalten. Zu beachten

[15] Vgl. GANTENBEIN S. 183.

[16] Diese verschiedenartige Behandlung der Tatbestände a) bis c) gegenüber d) ist nicht zuletzt Ausfluss der Stellung der Obliegenheiten zu den Hauptpflichten bzw. zum Vertragsverhältnis und bestätigt unsere Unterscheidung von selbständigen und unselbständigen Obliegenheiten.

[17] KELLER S. 577, 585; ROELLI N 9 zu Art. 38 S. 470, N 3 zu Art. 40 S. 494; JAEGER N 14 zu Art. 68 S. 499; OSTERTAG N 10 zu Art. 38; ZINGG S. 61; DE BUREN S. 327.

[18] GANTENBEIN S. 184.

[19] Hier soll nur die Rede von dem Vertragsauflösungsrecht sein, die besondere Ausgestaltung dieses Rechts wird auf S. 107 ff. behandelt.

ist die Einschränkung auf den betrügerisch handelnden Vertragspartner. Ist der Anspruchsberechtigte nicht identisch mit dem Vertragspartner, so steht dem Versicherer, obwohl eine betrügerische Handlung vorliegt, kein Vertragsauflösungsrecht zu, da eine Unzumutbarkeit, das Vertragsverhältnis fortzusetzen, nicht gegeben ist[20].

Mit der Auflösung des Vertrages ist sowohl nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes, als auch nach der speziellen von Art. 27 VVG ein Schadenersatzanspruch verbunden. Art. 27 schafft nicht neues, besonderes Recht, sondern behält lediglich die Anwendung der zutreffenden Bestimmungen des allgemeinen Rechtes vor[21]. Die Schadenersatzpflicht ist an die einseitige Auflösung des Vertrages geknüpft[22], nicht etwa an die Obliegenheitsverletzung. Theoretisch macht sich diese Schadenersatzpflicht, die neben dem Prämienverfall besteht, gut aus; ob sie aber praktisch von Bedeutung ist, kann m. E. mit guten Gründen bezweifelt werden, da ein über den Prämienverlust hinausgehender Schaden wohl kaum eintreten wird[23].

c) Sondertatbestand von Art. 53/2 VVG

Diese für die Art. 38/3, 40 und 68/2 geltenden Überlegungen treffen nicht zu für Art. 53/2 VVG. Denn hier ist nicht der Einzelanspruch mangelhaft, sondern das ganze Vertragsverhältnis. Dass in diesem Falle eine Aufgliederung der Rechtsfolgen in Anspruchsverwirkung und Rücktritt des Versicherers nicht möglich ist, geht zudem aus der selbständigen Natur dieser Obliegenheit hervor. Nach unseren Ausführungen[24] ist, wenn eine selbständige Nebenpflicht verletzt wird, nur ausnahmsweise das Recht des Rücktrittes vom Vertrag zu gewähren, und zwar dann, wenn der Vertragszweck so schwer gefährdet wird, dass dem Berechtigten die Aufrechterhaltung nicht mehr zugemutet werden kann. Diese Voraussetzung ist bei Art. 53 Abs. 2 VVG gegeben. Dem Versicherer steht demnach ein Rücktrittsrecht zu, das sich rückwirkend auf den Zeitpunkt auswirkt, in dem die Obliegenheitsverletzung begangen wurde. Undenkbar ist, dass der Versicherer seine Leistung verweigern könnte, hingegen der Versicherungsvertrag weiterbestände, weil dies dem Wesen der Versicherung und auch Treu und Glauben widersprechen würde[25]. Zu beachten ist auch, dass der Gesetzgeber diesen Tatbestand

[20] Sofern aber der VN auf irgendeine Art und Weise das betrügerische Handeln des mit ihm nicht identischen At unterstützt, muss das Vertragsauflösungsrecht des Versicherers bejaht werden; KELLER (S. 581) umschreibt den Personenkreis, für den der VN einzustehen hat, mit dem Ausdruck «Mittelsmann» und nähert sich damit stark der strafrechtlichen Terminologie.

[21] ROELLI zu Art. 27 S. 326 und weitere Zitate.

[22] Vgl. den Gesetzestext und den Umstand, dass eine unselbständige Obliegenheit i. w. S. und i. e. S. niemals einen selbständigen Schadenersatzanspruch zur Folge haben kann (vorne S. 67 f.). Damit erweist sich auch der Rückschluss vom Schadenersatz auf die Rechtsnatur der Obliegenheit als unhaltbar; eingehender siehe hinten S. 112 ff.

[23] Vgl. vorne S. 67 f.

[24] Vgl. vorne S. 68.

[25] Vgl. GANTENBEIN S. 155, a. M. Ges. EK S. 43.

ebenfalls gesondert behandelte, ist doch in Art. 25 VVG, wo die übrigen betrügerischen Obliegenheitsverletzungen aufgeführt sind, Art. 53/2 nicht erwähnt, weil in Absatz 3 von Art. 53 eine spezielle Rechtsfolge bezüglich des Anspruches auf die Versicherungsprämie festgehalten wird und diese Regelung gemäss Art. 25 Abs. 5 der allgemeinen vorgeht[26].

§ 7 Rechtstheoretische Begründung der Leistungsfreiheit bei betrügerischen Obliegenheitsverletzungen

I. Funktion des Verschuldens bei Obliegenheitsverletzungen

1. Allgemein im Zivil- und Strafrecht

Im Zivilrecht ist das Verschulden rechtspolitisch betrachtet das vorherrschende Haftungsprinzip[1]. Das Verschulden ist der Anknüpfungspunkt, der die Haftbarmachung des Schädigers rechtfertigt, wenn der Kausalzusammenhang und die Rechtswidrigkeit gegeben ist. Gemäss Art. 43 OR bestimmt der Richter die Art und Grösse des Ersatzes unter Würdigung der Umstände und der Grösse des Verschuldens.

Der Verschuldensbegriff des Strafrechts ist nicht identisch mit demjenigen des Zivilrechts; währenddem bei diesem weitgehend von einem objektivierten Verschuldensbegriff ausgegangen wird, muss im Strafrecht von der subjektiven Schuld ausgegangen werden, da gemäss Art. 63 StrGB die Strafe nach dem Verschulden bemessen wird.

2. Bei Obliegenheitsverletzungen im Versicherungsrecht

Vor Inkrafttreten des VVG leitete das Bundesgericht das Verschuldenserfordernis für die Verletzung von Obliegenheiten aus dem Prinzip von Treu und Glauben ab und wendete es in konstanter Rechtsprechung an[2]. Diese Auffassung lässt sich aber nicht aus der Rechtsnatur der Obliegenheit ableiten. Gemäss unserer Ansicht beruhen ja die Obliegenheiten auf dem Verbot eines venire contra factum proprium bzw. auf dem Tatbestand des unredlichen Rechtserwerbes. Für den Eintritt des nachteiligen Rechtsfolge ist aber – gerade weil es sich um Konkretisierungsfälle von ZGB 2 handelt – kein Verschulden erforderlich[3]. Dies dürfte im

[26] Der Gesetzgeber wollte damit dem Versicherer gegenüber VVG 25 ein mehreres geben (GANTENBEIN N 40 S. 160).

[1] OFTINGER I S. 121.

[2] SVA I Nr. 86, ebenso Nrn. 87, 88 und 89, Nrn. 105, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 121, 123, 133, 136, 138, SVA II Nrn. 54, 56, 77, 78, 79.

[3] REIMER SCHMIDT S. 257/258; MÖLLER N 25 zu § 6; DE BUREN S. 322/323 lehnt das Verschuldenserfordernis vollständig ab.

Ergebnis übereinstimmen mit der von Jäggi geäusserten Ansicht[4]: «Bei der Verletzung einer Obliegenheit ist Vorwerfbarkeit nur in einem übertragenen Sinn gefordert, da ein Verhalten gegen sich selbst im ursprünglich rechtlichen Sinn nicht schuldhaft sein kann; es kommt somit darauf an, ob die Verletzung, würde es sich um eine Pflicht, nicht um eine Obliegenheit handeln, vorwerfbar wäre.» Die Obliegenheit ist demnach nicht notwendig mit dem Verschuldenserfordernis verknüpft[5]. Führt es der Gesetzgeber hingegen ein oder gelangt der Richter auf Grund der Interpretation zum Schluss, dass das Verschulden erforderlich ist, oder knüpft der Versicherer die Rechtsfolgen einer Obliegenheitsverletzung nur an ein schuldhaftes Verhalten, so wird dadurch nur der Tatsache Rechnung getragen, dass die Einwirkungsmöglichkeit des VN auf die Vertragsgestaltung praktisch nicht ins Gewicht fällt, weil der Versicherer faktisch das Übergewicht hat[6]. Weiterhin ist zu erwähnen, dass dem VN oder At zumeist die Bedeutung dieser Obliegenheiten nicht bewusst ist und er ihnen deshalb nicht die gebührende Beachtung schenkt[7]. Damit demnach eine Rechtsfolge eintreten kann, muss die Verletzung einer Obliegenheit vorwerfbar sein.

Das Verschulden im Zusammenhange mit einer Obliegenheitsverletzung hat aus diesen Gründen eine ganz spezielle Funktion, die ihm weder im Zivil- noch im Strafrecht irgendwo zukommt. Es ist nämlich weder haftungsbegründend[8] noch Massstab für die Bemessung einer Sanktion, sondern nur Billigkeitskorrektiv[9].

Dem kann nun in guten Treuen entgegengehalten werden, dass sich so der VN ja gegen die Auswirkungen eigenen widersprüchlichen Verhaltens und eigener unredlicher Rechtsausübung versichern könne. Dies ist in der Tat der Fall, hat doch der Versicherer neben dem primären objektiven Risiko ein subjektives Risiko zu tragen[10]. Unter der Voraussetzung, dass der Obliegenheitsbelastete die Obliegenheit nicht schuldhaft verletzt hat, sind die Auswirkungen einer Obliegenheitsverletzung mitversichert[11]. Man kann demnach von einer «weitgehenden Mitversicherung der Obliegenheitsverletzungen» sprechen[12].

[4] Jäggi N 590 zu Art. 1.

[5] Reimer Schmidt S. 254/255.

[6] Koenig, Rechtsquellen der Privatversicherung, ZBJV *91* bis 402. Dies ist ein Problem, das mit dem Aufkommen der Massenverträge verbunden ist; vgl. Robert Patry, Les contrats d'adhésion, ZBJV *91* bis 367 ff.

[7] Minnier S. 40.

[8] Im Sinne einer Herabsetzung wegen Selbstverschuldens.

[9] Vgl. die Art. 38/2, 45/1, 45/2, 61/2; beachte insbesondere den Kürzungsumfang in Art. 38/2 und 61/2; Kern S. 95; in BGH vom 24. November 1966 (MDR *1967* 199) ist von einer «rechtshindernden Ausnahmenorm» die Rede.

[10] Anstelle von «objektivem und subjektivem Risiko» werden auch die Wendungen «primäre und sekundäre Gefahr» (vgl. vorne S. 42) oder «objektive und subjektive Gefahr» (Ehrenzweig S. 147) synonym verwendet.

[11] Es handelt sich dabei um eine «bedingt mitversicherte Fehlleistung», vgl. Hedinger S. 65.

[12] Hedinger S. 85; Wird die Funktion des Verschuldens so verstanden, so ist der von Koenig (S. 134; mit ihm Kunz S. 152) vorgebrachte Einwand, dass die volle Haftung des Versicherers trotz fehlendem Verschulden sich dann kaum rechtfertigen lasse, wenn der Versicherer wegen

Dieses Billigkeitskorrektiv wirkt zugunsten des Obliegenheitsbelasteten, indem dieser nur dann für eine Obliegenheitsverletzung einzustehen hat, wenn er schuldhaft gehandelt hat. Erschöpft sich aber die Funktion des Verschuldens darin, ein Billigkeitskorrektiv zu sein, so ist es dem Gesetzgeber oder den Vertragsparteien[13] freigestellt, eine weitere Abstufung nach dem Verschuldensgrad vorzunehmen. Denkbar wäre eine Unterteilung in leichtfahrlässige und grobfahrlässige Verletzungshandlungen, um dann die Leistung in einem dem Grade des Verschuldens entsprechenden Verhältnis zu kürzen[14]. Damit ginge man über eine Funktion des Verschuldens als Billigkeitskorrektiv hinaus und hätte wiederum das Verschulden als Massstab für die Kürzung, mithin als Haftungsgrund. Dies ist aber im Versicherungsrecht zu vermeiden, da damit der Grundsatz, dass die Ansprüche des Berechtigten im Versicherungsrecht möglichst klar und bestimmt zu umschreiben und festzulegen sind[15] nicht mehr zu verwirklichen wäre. Bei Kürzung nach dem Verschulden ist deshalb grösste Vorsicht geboten[16].

Oben wurde ausgeführt, dass der Verschuldensbegriff im Zivil- und Strafrecht unterschiedlich gehandhabt wird; hier geht man vom subjektiven, dort von einem objektivierten Verschuldensbegriff aus. Wohl in der Absicht, dem VN oder At, der sich eine Obliegenheitsverletzung vorwerfen lassen muss, zu helfen, weil er als schutzwürdiger angesehen wird als der Versicherer, hat die Gerichtspraxis die Tendenz, mehrheitlich einen subjektiven, individuellen Verschuldensbegriff zu verwenden[17]. Dies hat zur Folge, dass sich der Obliegenheitsbelastete derart auf subjektive Gegebenheiten abstützen kann, dass das Gericht «in dubio pro reo» vielfach geneigt ist, ein Verschulden zu verneinen[18]. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Billigkeitskorrektur, die durch das Erfordernis des Verschuldens verwirklicht wurde, wird auf Grund einer sich dem strafrechtlichen Verschuldensbegriff annähernden Interpretation des bei Obliegenheitsverletzungen verlangten Verschuldens noch verstärkt.

der Nichtbefolgung der Obliegenheit zu einer grösseren Leistung verpflichtet sei, nicht am Platz. Denn die Beschränkung auf verschuldete Obliegenheitsverletzungen aus Billigkeitsgründen kann nicht zu einem unbilligen Resultat führen.

[13] Unter Umständen sogar dem Richter.

[14] Vgl. HEDINGER S. 72 und Zitate.

[15] KOENIG S. 300.

[16] ROELLI N 4 zu Art. 14/15 S. 225; KOENIG S. 300; a. M. MAYR S. 20 ff., insbes. S. 21 N 1.

[17] WANNOGAT, Der Verschuldensbegriff im Deutschen Sozialrecht, SZS *1970* 87; REIMER SCHMIDT S. 259; MÖLLER N 29 ff. zu § 6; EHRENZWEIG S. 92/93; MINNIER S. 129 bei N 5 und 130 ff., SVA IX Nr. 133; IX Nr. 165, X Nr. 43, XI Nr. 41, XI Nr. 91.

[18] Vgl. VON HIPPEL, Verwirkung des Versicherungsschutzes bei Obliegenheitsverletzungen nach dem Versicherungsfall, NJW *1969* 1694 (Verneinung des Vorsatzes). Verschiedentlich wird sogar behauptet, die Gerichte hätten die Tendenz, das Verschulden «wegzuplaudern» (MINNIER S. 228).

II. Rechtfertigung der Leistungsfreiheit bei der betrügerischen Obliegenheitsverletzung

1. Rechtsunwürdigkeit des Obliegenheitsbelasteten

Gemäss Art. 540 Ziff. 3 ZGB gilt derjenige Erbe als erbunwürdig und verliert damit die ihm rechtsgeschäftlich oder gesetzlich zustehenden Rechte, der den Erblasser durch Arglist, Zwang oder Drohung dazu gebracht oder daran gehindert hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder zu widerrufen. Unbestreitbar besteht eine gewisse Ähnlichkeit dieser Regelung zur Anspruchsverwirkung im Falle einer betrügerischen Obliegenheitsverletzung[19]. Ein wesentlicher Unterschied besteht aber doch darin, dass bei den Regeln über die Erbunwürdigkeit immer höher stehende Interessen im Spiele sind als beim Versicherungsvertrag, und zudem der Gesetzgeber den Ausschluss von der Erbfolge deswegen festhalten musste, weil eine Enterbung am Platze wäre, diese aber nicht mehr ausgesprochen werden kann. Besonders in Deutschland, wo verschiedene Fälle von gesetzlich festgehaltener Rechtsunwürdigkeit bestehen[20], wurde diese in ganz bestimmten Fällen, in denen wertmässig hochstehende Interessen auf dem Spiele stehen, bejaht[21], hingegen die Vereinbarung der Rechtsunwürdigkeit bei Versicherungsverträgen als sittenwidrig – selbst bei Vorliegen einer arglistigen Täuschung – bezeichnet. Arndt[22] führt dazu aus: «Griffe dieses verfehlte Moralisieren weiter um sich, so liefe am Ende jeder, dem ein Schadenersatzanspruch zusteht, Gefahr, sein gutes Recht zu verlieren, wenn seine Forderung insoweit ‚schlecht' war, wie er sie überhöhte. Das kommt auf eine Einziehung des Rechts hinaus, aber nicht strafrechtlich zugunsten der Allgemeinheit, sondern zur Bereicherung des Verpflichteten.» Das andere Extrem zeigt uns Kisch[23] auf; nach ihm handelt es sich, über die Fälle betrügerischen oder bloss grobfahrlässigen Verhaltens weit hinausgehend, überall dort um «die Möglichkeit der Ausstossung eines unwürdigen Einzelnen aus der Gemeinschaft der Versicherten und aus dem durch diese gewährleisteten Schutz», wo dem Versicherer die Leistungsfreiheit oder ein Rücktrittsrecht zusteht. Vermittelnd hält Keller fest, dass der betrügerische VN keiner gesetzlichen Rücksichtnahme würdig sei[24].

Wertet man die einander entgegenstehenden Interessen des VN oder At und des Versicherers, so kann man nicht davon Umgang nehmen, der Verwirkungsfolge

[19] Vgl. z. B. auch ZGB 151/152 und die umstrittene bundesgerichtliche Praxis dazu.
[20] Vgl. Raiser S. 266.
[21] Arndt NJW *1965* 27.
[22] Arndt ebenda.
[23] Kisch, Kernfragen der Versicherungsrechtsprechung, 1938, S. 4, zit. in Raiser S. 269 N 20.
[24] Keller S. 376.

eine pönalisierende Funktion zuzuschreiben, was im übrigen in der Doktrin auch häufig der Fall ist[25,26].

2. Der pönale Gehalt der Verwirkungssanktion

Heutzutage werden Versicherungstäuschungen ähnlich wie die Steuerhinterziehung oder bestimmte SVG-Übertretungen als eine Art Kavaliersdelikt betrachtet. Derartige Täuschungen liegen auch an der Tagesordnung[27]. Die Verwirkungsandrohung ist nun nicht eigentlich als repressive Massnahme auf die betrügerische Handlung zu betrachten; ihre Funktion liegt in einer Abschreckungswirkung, die verhindern soll, dass überhaupt betrügerische Verhaltensweisen unternommen werden. Im Gegensatz zum Strafrecht, das davon ausgeht, dass «punitur quia peccatum est et sed ne peccetur», erschöpfen sich im Versicherungsrecht die gesetzlichen und vertraglichen Strafen im Abschreckungszweck, also in einer Präventivfunktion; «punitur non quia peccatum est sed ne peccetur». «Nicht einen Rechtsgenossen wegen betätigter Unwürdigkeit auszuschliessen oder ein geschehenes Unrecht durch einen Akt der Vergeltung zu kompensieren, sondern um der Abschreckungswirkung willen angedroht zu werden, ist der Sinn und Zweck dieser Verwirkungen ...»[28,29]. Obwohl auch die Obliegenheitsverletzung, die in betrügerischer Art und Weise begangen wird, ihre Wurzel im Einwand der unzulässigen Rechtsausübung findet, ist doch eine weitgehende Verselbständigung erfolgt. Ausschlaggebend ist nicht die Obliegenheitsverletzung an sich, sondern die Art und Weise der Verletzung.

Soll nun aber diese Präventivfunktion nicht obsolet werden, muss an die betrügerische Verletzung einer Obliegenheit eine Sanktion geknüpft werden, denn Drohungen werden nicht genügend ernst genommen, wenn sie nicht regelmässig bei Eintritt der Bedingung verwirklicht werden[30,31].

[25] Grob S. 29; Kunz S. 150; Mayr S. 5, 9 und 11; Raiser S. 269; Baumgärtel, Ist das Alles- oder-nichts-Prinzip des § 6 III VVG rechtspolitisch unerwünscht? VersR *1968* 818; a. M. Haidinger S. 201/202.

[26] Man beachte, dass vermehrt auch vom strafrechtlichen Verschuldensbegriff ausgegangen wird, vgl. vorne S. 76/77.

[27] Zum Beispiel übersetzte Chomageforderungen, überhöhte Wertangabe für kleinere Gegenstände in der Sachbranchenversicherung; in Zukunft dürften übrigens Täuschungshandlungen noch vermehrt auftreten, wenn man bedenkt, dass die Generalagenturen der Versicherungs-Gesellschaften Versicherungsfälle bis zu einer bestimmten Schadenhöhe nur oberflächlich zu prüfen haben. Vgl. Baumgärtel a. a. O. S. 820.

[28] Raiser S. 271; vgl. auch Baumgärtel S. 818/819; Grob S. 28; Haidinger S. 202; Hellner S. 213; Mayr S. 11 (der die Abschreckungsfunktion geradezu als «versicherungspolizeiliche Notwendigkeit» bezeichnet). Kunz S. 149; de Buren S. 328; StenBull NR *1907* 501 l. Sp., Bukow S. 147.

[29] Vgl. auch Roelli, Motive I, S. 74, «Den erzieherischen Wert, der im Strafmoment liegen mag, wahren die vom Entwurfe vorgeschlagenen Folgen der verletzten Anzeigepflicht ohnehin ausreichend».

[30] Raiser S. 271; vgl. dazu die Rechtsnatur der Obliegenheit als teleologischer Nötigungstatbestand, vorne S. 45 (Note 31 s. S. 80).

Dieser Präventivfunktion ist wohl auch zuzuschreiben, dass sich die vielgepriesene Regelung des schwedischen VVG § 23[32] nicht den Hoffnungen entsprechend durchsetzen konnte[33].

§ 8 Folgerungen aus der Präventivfunktion der Verwirkungsandrohung

I. Verallgemeinerung

Vorne[1] wurde festgehalten, dass der Zweck der meisten Obliegenheiten darin besteht, das Gleichgewicht zwischen Prämie und der bedingten Leistung des Versicherers – man könnte auch sagen: das Gleichgewicht zwischen Prämie und «Gefahrstragung»[2] – zu erhalten. In der Ungewissheit darüber, inwieweit der Obliegenheitsbelastete diesen «Pflichten» nachkommt, liegt die sekundäre Gefahr für den Versicherer. Aus Gründen der Billigkeit hat man davon abgesehen, den Belasteten auch unverschuldete Obliegenheitsverletzungen verspüren zu lassen. Diese sekundäre Gefahr ist für den Versicherer aber auch nur in einem bestimmten Rahmen tragbar. So wie er nicht zur Deckung verpflichtet ist, wenn das befürchtete Ereignis absichtlich herbeigeführt wird[3], kann man ihm nicht zumuten, seinen Verpflichtungen nachzukommen, wenn in betrügerischer Weise der Belastete seine Obliegenheiten verletzt, wobei die general- und spezialpräventive Bedeutung der Verwirkungsandrohung ausschlaggebend ins Gewicht fällt. Dass die betrügerische Obliegenheitsverletzung die Leistungsfreiheit des Versicherers zur Folge haben soll, wird von der herrschenden Lehre anerkannt[4]. Das Fehlen eines allgemeinen, gesetzlich festgehaltenen «Betrugsartikels» ist aber entgegen anderslautenden Meinungen[5] kein Nachteil, denn auf dem Wege der Interpretation auf Grund des Analogieschlusses oder in freier richterlicher Rechtsfindung,

[31] Diesbezüglich ist ein Vergleich mit der Argumentation des Bundesgerichtes hinsichtlich des zivilrechtlichen Betruges in BGE *64* II 148 interessant. Danach haben die Bestimmungen über die absichtliche Täuschung präventiven und repressiven Charakter, und die Auf hebung des Vertrages sei auch dann am Platz, wenn sie für den Urheber der Täuschung auf eine Privatstrafe hinauslaufe.

[32] Der erste Absatz dieses § lautet: «Wenn vereinbart worden ist, dass derjenige, der nach Eintritt des Versicherungsfalles einen für dessen Beurteilung erheblichen Umstand in betrügerischer Absicht angezeigt, verschwiegen oder verheimlicht hat, ein Recht verlieren soll, das ihm sonst auf Grund des Versicherungsfalles zustehen würde, so kann dessen ungeachtet unter Beachtung aller Umstände, unter denen das betrügerische Verhalten stattfand, entschieden werden, dass die Versicherungsleistung ganz oder zum Teile auszuzahlen ist.»

[33] Vgl. Hellner, Leistungsfreiheit, S. 215.

[1] Vgl. S. 40 ff.

[2] Vgl. vorne S. 16/17.

[3] VVG Art. 14/1.

[4] Koenig S. 132; Keller SVZ *1958/1959* 7; Mayr S. 29; Hedinger S. 74; Kunz S. 151; Hainard S. 101 bei N 13.

[5] Vgl. Mayr S. 7 und 29.

kann die Verwirkungsfolge bei betrügerischer Obliegenheitsverletzung ganz allgemein hergeleitet werden, und zwar ebenfalls für vertragliche Obliegenheiten, selbst wenn diese Rechtsfolge nicht vereinbart wurde[6]. Anderen Meinungen[7], die ausgehend von der pönalen Funktion der Verwirkung auch strikte den Grundsatz nulla poena sine lege anwenden wollen, ist nicht zu folgen, denn es handelt sich trotz der Ähnlichkeit mit einem strafrechtlichen um einen zivilrechtlichen Tatbestand[8].

Dass dem so sein muss, geht im übrigen daraus hervor, dass aus dem «Grundrecht auf ein Verhalten nach Treu und Glauben»[9] bestimmte Rechte hervorgehen, so u. a. das Recht auf Unterlassung täuschenden Verhaltens[10]. Mit der betrügerischen Obliegenheitsverletzung wird zugleich dieses Recht verletzt und damit ist die für eine unerlaubte Handlung erforderliche Widerrechtlichkeit gegeben[11]. Neben der Vertragsverletzung liegt eine unerlaubte Handlung vor; die Leistungsfreiheit des Versicherers ist eine den Umständen angemessene Rechtsfolge, denn die Kumulation von Obliegenheitsverletzung und Verletzung des Rechts auf Unterlassung täuschenden Verhaltens ruft nach einer rigorosen Rechtsfolge.

II. Umschreibung der «betrügerischen Verletzungshandlung»

Damit eine betrügerische Obliegenheitsverletzung gegeben ist, muss zum Vorsatz ein bestimmter Beweggrund hinzutreten[12]. Interessant ist, zu sehen, dass mit Ausnahme weniger Autoren, die meisten immer sehr verhalten von betrügerischer Obliegenheitsverletzung sprechen, aber nur selten findet man eine nähere Umschreibung, was darunter zu verstehen sei[13]. JAEGER[14] präzisiert bezüglich der betrügerischen Verletzung des Veränderungsverbotes, dass «das Gesetz nur für den Fall der böswilligen Verletzung, die mit der Absicht erfolgt, die Veränderung des Tatbestandes zu benützen, um eine grössere als die ihm eigentlich gebührende Ersatzleistung verlangen zu können», die Verwirkung vorsehe. KELLER[15] ver-

[6] Vgl. Urteil des Landgerichts Essen vom 15. Februar 1967 (in ZVersWiss 1969 S. 560 Nr. 264): «Bei arglistiger Täuschung durch den auskunftspflichtigen VN ... kann nach einem allgemein anerkannten Grundsatz Leistungsfreiheit des Versicherers eintreten, auch wenn diese Rechtsfolge nicht ausdrücklich vereinbart worden ist.» REIMER SCHMIDT S. 276/277; KOENIG, Revisionsbedürftigkeit S. 211; HAINARD S. 69 bei N 83; vgl. im übrigen einen anderen Verallgemeinerungsvorgang im VVG in ZR *1969* 6 ff., insbes. 8.

[7] RAISER S. 272.

[8] vgl. S. 75 ff.

[9] So JÄGGI Vorbem. vor Art. 1 N 115.

[10] BGE *77* II 136 ff.

[11] Vgl. OFTINGER I S. 112 und N 14; KELLER S. 578 und 587.

[12] Siehe vorne S. 70 ff.

[13] So hilft uns z. B. die Umschreibung in 38/3 nicht weiter; vgl. GANTENBEIN S. 182/183.

[14] JAEGER N 14 zu Art. 68 S. 499; so auch GANTENBEIN S. 210 und ZINGG S. 72.

[15] KELLER S. 577.

langt für Art. 40 keine Absicht der Vermögensschädigung[16], führt dann aber aus, dass falsche Angaben, die lediglich zum Zwecke des Nachweises des wirklich entstandenen Schadens gemacht werden, nicht unter dem Gesichtswinkel von Art. 40 zu würdigen seien. GANTENBEIN[17] bezieht diesbezüglich ausdrücklich Stellung unter Berufung auf die Botschaft des Bundesrates: «Zum Zweck der Täuschung heisst, ... in der Absicht, eine ungerechtfertigte Bereicherung zu erlangen.» Zu VVG 53 führt er aus, dass dieser Artikel die Absicht des VN treffen und seine Bereicherung verhindern wolle[18]. Dass es im übrigen nicht auf den Erfolg ankommen kann[19], versteht sich, denn das zum objektiven Tatbestand hinzutretende subjektive Erfordernis einer bestimmten Absicht muss sich nicht verwirklichen, damit der Tatbestand erfüllt ist.

Die Verwirkungsfolge als äusserst rigorose Massnahme, die eintritt, obschon die entsprechende Gegenleistung des VN erbracht worden ist, stellt aus Gründen der Verhältnismässigkeit entsprechend strenge Anforderungen an das Moment einer betrügerischen Handlung. Insbesondere wäre nicht einzusehen, weshalb jemand, der aus Schamgefühl[20] bewusst die Anzeigepflicht unterlässt, um den Versicherer an der rechtzeitigen Feststellung der Umstände zu hindern, ebenfalls seines Anspruches verlustig gehen soll[21]. Dass an das subjektive Tatbestandmerkmal spezielle Anforderungen geknüpft werden, geht aus einem Entscheid des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 15. Juli 1938[22] hervor. Dort wird ausgeführt, dass ein «betrügerischer Vorsatz» vorausgesetzt werde, dass aber in casu die «bösliche Absicht» zu verneinen sei, und zwar weil der VN in guten Treuen gehandelt habe.

Aufschlussreich argumentiert das Bundesgericht[23]: «Höchstens dann, wenn der Versicherte aus einem besonderen Grund einen zweifellos bestehenden Schadensposten verschweigt und an dessen Stelle einen erfundenen deklariert, liesse sich allenfalls von harmloser, nicht mit Verwirkungsfolgen zu belegender Unwahrheit sprechen». Diese falschen Auskünfte hätten demnach keinen betrügerischen Charakter[24]. Daraus geht aber hervor, dass die absichtliche Täuschung

[16] KELLER S. 579; zur Frage, ob etwa Bereicherungsabsicht vorliegen müsse (dies ist ja von der Schädigungsabsicht zu unterscheiden), wird nicht Stellung genommen.

[17] GANTENBEIN S. 201 bei N 98; Botschaft S. 27.

[18] GANTENBEIN N 112 S. 173.

[19] KELLER S. 577; vgl. auch vorne S. 71 bei N 9 und 10.

[20] Z. B. bei Vorliegen einer Geschlechtskrankheit im Zusammenhang mit einer Krankenversicherung; vgl. BUKOW S. 146.

[21] Man darf weiterhin nicht dem Irrtum verfallen, den Tatbestand des zivilrechtlichen Betruges (OR 28) analog anzuwenden, denn dieser ist auf diejenigen absichtlichen Täuschungen zugeschnitten, die jemanden zum Vertragsschluss verleiten soll; dieser Artikel beansprucht aber keine Geltung, wenn während des Bestehens des Vertrages oder bei der Abwicklung absichtlich getäuscht wird.

[22] SVA VI Nr. 282 S. 490 ff.

[23] SVA X Nr. 44 S. 136/187.

[24] SVA X Nr. 44 S. 187.

durch falsche Auskünfte an sich nicht genügt, sondern dass zusätzlich der VN oder At einen Vorteil erstreben muss, der vermögensrechtlicher Natur ist, denn aus den bundesgerichtlichen Erwägungen darf der Schluss gezogen werden, dass falsche Angaben zur Umgehung von Beweisschwierigkeiten[25] nicht als betrügerische Handlungen i. S. des Art. 40 VVG gelten sollen. Eine Täuschungshandlung zur Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile ist aber identisch mit einer Täuschung in Bereicherungsabsicht. Sinngemäss vermag aber auch die in Schädigungsabsicht vorgenommene Täuschungshandlung den Anforderungen des Art. 40 zu genügen[26].

Ist demnach für die betrügerische Verletzung der Obliegenheiten Art. 40 und 68 VVG[27] Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht erforderlich, so muss dies, insbesondere unter Berücksichtigung der einheitlichen Funktion der Verwirkung als general- und spezialpräventive Massnahme bei betrügerischen Obliegenheitsverletzungen analog für alle betrügerischen Obliegenheitsverletzungen gelten[28].

Ohne dem Gesetz Gewalt anzutun, kann auf dem Wege der Auslegung der einzelnen Artikel, insbesondere des Adjektives «betrügerisch» die besondere Absicht der Bereicherung oder der Vermögensschädigung hergeleitet werden[29].

Man könnte sich fragen, ob etwa die Wendung «arglistige Täuschung»[30] auf eine Besonderheit hinweist. Im Strafrecht wird nämlich aus dem Erfordernis der Arglist abgeleitet, dass eine arglistige Irreführung dann nicht vorliege, wenn eine Lüge ohne besondere Mühe auf ihre Richtigkeit überprüft werden könne, das Opfer nicht von der Überprüfung abgehalten worden sei, die Überprüfung zumutbar sei und der Täter nicht voraussehen kann, dass der Getäuschte die Überprüfung unterlassen werde[31]. Meines Erachtens gilt dies nicht für betrügerische Verletzung von Obliegenheiten im Versicherungsrecht, weil die General- und Spezialprävention im Vordergrund steht[32].

Wird die «betrügerische Obliegenheitsverletzung» als eine Verletzungshandlung in Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht verstanden und daran die Lei-

[25] Vgl. KELLER S. 579 bei N 7.

[26] EHRENZWEIG verlangt für die Leistungsfreiheit des Versicherers eine in Schädigungsabsicht erfolgte Obliegenheitsverletzung: JRPV *1928* 164 und 166; so auch SVA V Nr. 168 S. 343.

[27] Für Art. 68 vgl. vorne S. 81 N 14.

[28] So ist auch bei Art. 28 OR die Täuschungshandlung nicht etwa unabhängig von irgendeiner speziellen Absicht; sie muss immer verbunden sein mit der Absicht, den Getäuschten zum Vertragsabschluss oder zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes zu verleiten. Der angestrebte Vorteil liegt im Vertragsabschluss oder in der Vornahme eines Rechtsgeschäftes. Vgl. dazu GUHL S. 121.

[29] Weiter geht DE BUREN S. 336, der de lege ferenda sogar eine strafrechtliche Verurteilung wegen Betrugs verlangt.

[30] Vgl. HELLNER, Leistungsfreiheit, S. 207 ff.; KELLER S. 587; Entwurf Art. 38/3 in Vorarbeiten S. 40.

[31] Vgl. BGE *72* IV 13, 123, 128, *77* IV 85 und SCHWANDER S. 352.

[32] Vgl. dazu auch die Abänderungsbeschlüsse der jur. und wirtsch. Subkommission zu Art. 40, die beide ausdrücklich eine arglistige Verhaltensweise forderten (Prot. S. 40 bzw. S. 35/36). Auch der bundesrätliche Entwurf verlangt eine «arglistige» Handlung; die ständerätliche Kommission änderte dies in «zum Zwecke der Täuschung» ab (Prot. SR Komm. S. 12).

stungsfreiheit geknüpft, so ist ein ganz klares Abgrenzungskriterium gewonnen. Insbesondere erscheint dann die Leistungsfreiheit als eine angemessene Rechtsfolge. Eine Überprüfung auf Angemessenheit ist nicht mehr notwendig, weil eine betrügerische Verletzung von Obliegenheiten gerade im Versicherungsvertrag nach den strengsten Rechtsfolgen ruft.

Unser Gesetz, das eine derartige Auslegung gestattet, hat Vorteile gegenüber dem dVVG, das ja für die Leistungsfreiheit bei Verletzung einer nach dem Versicherungsfall zu erfüllenden Obliegenheit nur Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit verlangt[33]. In der Praxis führte dies zu Korrekturversuchen mit unterschiedlichen Begründungen, ja sogar zu einer Abstufung der Vorwerfbarkeit einer arglistigen Täuschung[34], was nicht gerade zu einer einfachen Rechtsanwendung beitragen dürfte. Interessant ist auch ein Ausblick auf die Praxis des Reichsgerichtes. Dieses zeigt ab 1933 eine Tendenz auf, nur noch dann eine arglistige Täuschung anzunehmen, wenn der VN in Bereicherungsabsicht gehandelt hat[35]. Doch bekannte es sich 1936 zu der strengen Auffassung, weil man um die Abschreckungsfunktion fürchtete, wenn dem Versicherer die Beweislast für eine Schädigungs- bzw. Bereicherungsabsicht auferlegt werden sollte. Dies obwohl man erkannte, dass so auch nicht in diesem Umfange ahndungswürdige Bagatellfälle unter die arglistige Täuschung fallen könnten[36].

Neuerdings wird wiederum angeregt, eine Einschränkung auf in Bereicherungsabsicht erfolgte Obliegenheitsverletzungen vorzunehmen, weil der in der Rechtsentwicklung herausgebildete Vorsatzbegriff viel zu farblos und zu weit sei, als dass er bei Obliegenheitsverletzungen gegenüber der groben Fahrlässigkeit verschärfte Sanktionen rechtfertigen könnte[37].

Ist demnach nach schweizerischem Recht die Verwirkungsfolge grundsätzlich nur an einen qualifizierten subjektiven Tatbestand geknüpft, so fragt es sich, was für eine Rechtsfolge die bloss vorsätzliche Obliegenheitsverletzung mit sich bringt. Da mit Ausnahme der betrügerischen Obliegenheitsverletzungen das Verschulden nur Billigkeitskorrektiv ist[38] und von einer Abstufung nach Verschuldensgraden grundsätzlich[39] abzusehen ist, sind bloss vorsätzliche Verletzungen gleich zu behandeln wie die fahrlässigen[40].

[33] dVVG § 6 Abs. 3.

[34] LG Essen, 15. Februar 1967, ZVersWiss *1969* S. 560 Nr. 264: «Eine volle Verwirkung kann im Hinblick auf das Mass der Vorwerfbarkeit einer arglistigen Täuschung oder auf die Folgen, die eine Versagung der Entschädigung für den VN haben würde, unbillig sein.»

[35] Minnier S. 150.

[36] Minnier S. 171.

[37] Haidinger S. 204; Bukow S. 146 N 22.

[38] Vgl. vorne S. 75 ff.

[39] Vgl. aber SVA VI Nr. 279 S. 546.

[40] Siehe hinten S. 149. Diesbezüglich sind die Ausführungen der wirtsch. Subkommission (Prot. S. 35; zum Art. 39, der VVG 38 entspricht) aufschlussreich: «Zu Abs. 2 wird beantragt ‚fahrlässigerweise' durch ‚schuldhaft' zu ersetzen, da in Abs. 3 nicht jede Absicht, sondern nur die Absicht der Verhinderung rechtzeitiger Feststellung getroffen wird, andere Absichten daher

III. Wegfall des Kausalitätserfordernisses bei betrügerischer Obliegenheitsverletzung

Ausschlaggebend für die Rechtsfolge ist bei den behandelten Tatbeständen nicht die Verletzung an sich, sondern die Art und Weise der Verletzung. Diese steht im Vordergrund, und das Gesetz verlangt, damit überhaupt eine Präventivwirkung erzielt werden kann, die Leistungsfreiheit. Eine derartige Obliegenheitsverletzung führt ja zudem immer zu einer Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Versicherer und dem VN bzw. At; das Recht auf Unterlassung täuschender Handlungen wird verletzt[41]. Absichtliche, also mit dem Willen auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Obliegenheitsverletzungen, sind bereits dann erfüllt, wenn die Handlung vorgenommen wird; aus dem Begriff der Absicht geht hervor, dass diese sich nicht zu verwirklichen braucht, damit die absichtliche Obliegenheitsverletzung erfüllt ist[42]. Ein Schaden ist nicht erforderlich[43]; die Frage der Kausalität stellt sich gar nicht, weil ja nicht die Obliegenheitsverletzung als solche, sondern die Art und Weise der Verletzung im Vordergrund steht.

Als weiteres Argument dient uns die Funktion der Verwirkungsandrohung als Präventivmassnahme; diese verträgt sich nicht mit dem Kausalitätserfordernis, da sie die besondere Art und Weise der Verletzung von Obliegenheiten verhindern will. Nicht zuletzt dient auch die Überlegung, dass das durch eine betrügerische Obliegenheitsverletzung zusätzlich geschaffene subjektive Risiko nicht mitversichert werden kann[44], zur Unterstützung der vertretenen Ansicht[45].

IV. Der von der Leistungsfreiheit und von der Vertragsauflösung betroffene Personenkreis

Hat eine betrügerische Obliegenheitsverletzung nur Auswirkungen für den Verletzer, oder gilt die Leistungsfreiheit und das Rücktrittsrecht des Versicherers auch anderen Personen gegenüber? Aus dem fundamentalen Prinzip, das gleiches

unter Abs. 2 fallen. Andere als die in Abs. 3 genannten Absichten sind nicht undenkbar, sondern finden sich in der Praxis mannigfaltig (Weigerung, sich einem gelernten Arzte zu stellen, Eigensinn und ähnliches).»

[41] Vgl. vorne S. 81 bei N 10.

[42] Vgl. vorne S. 82 bei N 19 und S. 71 bei N 9 und 10.

[43] So auch KELLER S. 577, ROELLI N 9 zu Art. 38 S. 470, GANTENBEIN S. 201 und 210, ZINGG S. 60, KURMANN S. 77, HELLNER, Leistungsfreiheit, S. 213.

[44] Vgl. vorne S. 80.

[45] Gl. M. EHRENZWEIG S. 180: «Wenn z. B. der VN nach dem Schadenfall vorsätzlich unrichtige Auskünfte erteilt oder ... sich gar ..., einer arglistigen Täuschung schuldig macht, so darf nicht ... der Geltendmachung der Verwirkungsabrede die Einrede der Einflusslosigkeit der Pflichtverletzung gerade darum entgegentreten, weil dem Versicherer die Aufklärung des Sachverhaltes ausnahmsweise gelungen ist.» EHRENZWEIG geht dann noch weiter und will wegen eines bestimmten Inhaltes der Pflicht den Nachweis der Einflusslosigkeit nicht zulassen (ebenda).

gleich zu behandeln sei, sollte entnommen werden dürfen, dass dies für sämtliche betrügerischen Obliegenheitsverletzungen gleich geregelt sein sollte. Ein Blick ins Gesetz zeigt uns, dass zumindest dem Wortlaut nach verschiedene Regelungen getroffen wurden[46].

1. Bei der Verwirkung

Aus der pönalen Funktion der präventiven Verwirkungsandrohung erhellt, dass jeweils immer derjenige seinen Versicherungsanspruch verwirken soll, der die betrügerische Obliegenheitsverletzung begangen hat, und zwar muss dies auch für Art. 38/2 und 68/3 VVG gelten, obwohl das Gesetz nur gerade im Art. 40 und 53/2 eine Beschränkung auf den Verletzer der Obliegenheit enthält. Nach Roelli[47] gilt zwar der Grundsatz, dass die Folgen eines vertragswidrigen Verhaltens des VN schlechthin auch die übrigen At treffe. Dies kann u. U. zutreffen für die nicht betrügerischen Obliegenheitsverletzungen[48], nicht aber für die betrügerischen Verletzungshandlungen. Denn die Leistungsfreiheit im Zusammenhang mit einer betrügerischen Obliegenheitsverletzung birgt in sich einen pönalen Gehalt, so dass nur derjenige davon betroffen werden darf, der die betrügerische Verletzungshandlung selber ausgeführt oder bewusst ermöglicht hat. Unter anderem kann auch nicht Art. 14 Abs. 1 VVG beigezogen werden, denn dieser beinhaltet bloss einen funktionellen, nicht aber einen teleologischen Nötigungstatbestand.

Die betrügerische Obliegenheitsverletzung und die Verwirkung stehen in einem inneren Zusammenhang. Der Versicherer kann dann die Verwirkung nicht geltend machen, wenn eine Person die betrügerische Verletzung der Obliegenheit unternommen hat, die mit dem Ansprecher der Versicherungsleistung nicht identisch ist oder dieser in keiner Weise das betrügerische Verhalten unterstützte. So wie es Obliegenheiten gibt, «die schon aus Rechtsgründen jeder Träger eines versicherten Interesses nur für sich selbst erfüllen kann, wie z. B. das Anerkennungsverbot ... oder das Gebot, dem Versicherer die Führung des Haftpflichtprozesses zu überlassen ...»[49], kann eine betrügerische Obliegenheitsverletzung jeweils nur die Rechtsstellung derjenigen Personen tangieren, die selber betrügerisch gehandelt haben[50]. Eine andere Erfassung des betroffenen Personenkreises stünde mit dem Zweck des Versicherungsvertrages im Widerspruch.

[46] Vgl. Art. 38/3 und Art. 68/2 VVG: Der Versicherer ist an den Vertrag nicht gebunden..., Art. 40 VVG: Der Versicherer ist gegenüber dem At an den Vertrag nicht gebunden... und Art. 53/2 VVG: Der Versicherer ist gegenüber dem VN an den Vertrag nicht gebunden...

[47] Roelli N 9 zu Art. 38 S. 470 und N 3 zu Art. 40 S. 495; so auch Keller S. 252 f., 569/570, 642/643 und 656.

[48] Was noch näher zu untersuchen sein wird; siehe hinten S. 157.

[49] BHG Urteil vom 14. Dezember 1967 in MDR *1968* 304.

[50] Vgl. Keller S. 578 N 4, der die unterschiedliche Behandlung von VVG 38/3 und VVG 40 als nicht gerechtfertigt bezeichnet, aber keine Anstalten trifft, Abhilfe zu schaffen.

2. Bei der Vertragsauflösung

Das Vertragsauflösungsrecht ist die Folge der für den Versicherer wegen der betrügerischen Obliegenheitsverletzung entstandenen Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrages[51].

Es handelt sich dabei um ein Gestaltungsrecht zur Auflösung des Vertrages, das für sämtliche betrügerische Obliegenheitsverletzungen gilt[52]. Zwangsläufig ist diese Unzumutbarkeit aber nur dann gegeben, wenn der Vertragspartner des Versicherers sich eine betrügerische Handlung oder zumindest die bewusste Unterstützung einer solchen zuschulden kommen lässt. Demzufolge kommt die Auflösung des Vertrages nur dann in Frage, wenn der VN alleiniger At ist oder der VN, der nicht At ist, bewusst die betrügerische Obliegenheitsverletzung an Stelle des At ausgeführt hat oder dem At dabei beigestanden ist[53].

V. Bewusstsein um die betrügerische Handlung

Damit überhaupt eine betrügerische Handlung vorliegt, ist Kenntnis des Obliegenheitsbelasteten von seinem betrügerischen Verhalten erforderlich. «Täuschung setzt voraus, dass der Täuschende sich seines Verhaltens bewusst ist[54].» Damit jemand sich eine betrügerische Obliegenheitsverletzung zu Schulden kommen lassen kann, muss er urteilsfähig i. S. von Art. 16 ZGB sein[55]. Ganz allgemein gilt ja, dass eine schädigende Handlung nur demjenigen zum Verschulden gereicht, der urteilsfähig ist, denn die Urteilsfähigkeit ist das subjektive Erfordernis des Verschuldens[56].

Mit einer betrügerischen Obliegenheitsverletzung ist zudem immer auch eine unerlaubte Handlung gegeben, weil in einer derartigen Verletzung zugleich das aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben hervorgehende Recht auf Unterlassung täuschenden Verhaltens verletzt wird und darin eine Widerrechtlichkeit liegt[57]; Handlungsfähigkeit ist somit bei betrügerischen Obliegenheits-

[51] Vgl. vorne S.73. Die Unzumutbarkeit ergibt sich aus der Verletzung des Rechtes auf Unterlassung täuschenden Verhaltens.

[52] Vgl. vorne S.80 f.; die Verallgemeinerung gilt nicht nur für die Leistungsfreiheit, sondern auch für das Vertragsschicksal.

[53] KELLER S. 586/587 und vorne S.74 N 20.

[54] KELLER S. 582; m. E. ist deshalb seine Äusserung S. 377, «Täuschung muss absichtlich, d. h. mit dem Willen des Anzeigepflichtigen, den Versicherer zu täuschen, erfolgt sein», insofern nicht richtig, als die Täuschung an sich das Bewusstsein um die Täuschung verlangt. Aus diesem Grund muss der Absicht, die zur Täuschung hinzutritt, eine weitgehende Bedeutung eingeräumt werden, wie wir das auf S.81 ff. auch getan haben.

[55] So auch REIMER SCHMIDT S. 117.

[56] OFTINGER I S. 123 und 133/134.

[57] Vgl. vorne S.81 bei N 9 und 10.

verletzungen nicht vorausgesetzt, denn gemäss Art. 19 Abs. 3 ZGB müssen bereits beschränkt Handlungsunfähige für ihre deliktischen Handlungen einstehen.

VI. Die Beweislastverteilung

Ausgehend davon, dass eine betrügerische Obliegenheitsverletzung mit der Verwirkung und Vertragsauflösung bedroht ist und damit vor allem Prävention betrieben wird, darf bei feststehender betrügerischer Handlung, selbst dann, wenn der VN tätig geworden ist und deshalb eine Vertragsverletzung vorliegt, nicht dem Obliegenheitsbelasteten ein Exkulpationsbeweis überbunden werden. Dies würde dem pönalen Gehalt der Verwirkung nicht entsprechen. Deshalb muss die Beweislast auch für den subjektiven Tatbestand den Versicherer treffen[58, 59].

Ginge man wie KURMANN[60] davon aus, dass die Schädigungs- oder Bereicherungsabsicht, die regelmässig bei betrügerischen Obliegenheitsverletzungen vorliege, vom Versicherer nicht bewiesen werden müsse und dies eine Beweiserleichterung für ihn darstelle, so könnte man zumindest dem Obliegenheitsbelasteten den speziellen Exkulpationsbeweis, dass keine Schädigungs- oder Bereicherungsabsicht vorgelegen habe, nicht versagen.

VII. Relativ zwingende Natur dieser Bestimmungen

Weder Art. 97 noch Art. 98 VVG enthalten einen Verweis darauf, dass die Bestimmungen bezüglich betrügerischen Obliegenheitsverletzungen absolut oder relativ zwingend sein sollten. E contrario müssten sie demnach von den Parteien abgeändert werden dürfen. Es wird aber auch die Ansicht vertreten, dass diese Bestimmung absolut zwingender Natur seien, weil die Interessen der Gemeinschaft, die Rechtssicherheit und die allgemeine Ordnung des wirtschaftlichen Verkehrs auf dem Spiele stünden[61]. Diese Gründe rechtfertigen m. E. aber die absolut zwingende Natur nicht; denn auch dann wären Interessen der Gemeinschaft verletzt oder läge ein Verstoss gegen die allgemeine Ordnung des wirtschaftlichen Verkehrs vor, wenn der Versicherer im Anschluss an eine festgestellte, betrügerische Obliegenheitsverletzung auf freiwilliger Basis eine bestimmte Entschädigung entrichte-

[58] So auch KELLER S. 377 und 584; KURMANN S. 77 und 93; MINNIER S. 108; SVA V S. 363.

[59] Vgl. dazu DINSLAGE, Zur Beweislast bei versicherungsvertraglicher Obliegenheitsverletzung, NJW *68* 1756 ff.; anders das Reichsgericht, das gerade wegen Beweisschwierigkeiten unter «arglistige Täuschung» keine qualifizierte Vorsatzform verstanden wissen wollte (bei MINNIER S. 150 und 171; vgl. auch vorne S. 84).

[60] KURMANN S. 93.

[61] KUNZ S. 147 ff.

te. Würde zudem eine vertragliche Vereinbarung, dass eine betrügerische Handlung den Versicherungsanspruch nur insoweit verschlechtern könne, als sie sich auf den Versicherungsanspruch ausgewirkt habe, auch gegen die Interessen der Gemeinschaft oder gegen die Rechtssicherheit verstossen? Eine solche Klausel entbehrt wohl der Abschreckungswirkung, muss aber zulässig sein, da der Versicherer auf diese Schutzwirkung[62] verzichten kann.

Damit diese Bestimmungen nicht zuungunsten der gesetzes- und vertragskonform Handelnden erweitert werden können, müssen sie mit relativ zwingender Kraft ausgestattet sein. Dieser Schluss ist in Anbetracht der unvollständigen Aufzählung in Art. 98 VVG auch zulässig[63].

Spezielles gilt für die betrügerische Verletzung der Anzeigeobliegenheit bei Doppelversicherung. Gemäss Art. 97 VVG hat Art. 53 VVG absolut zwingenden Charakter. Dieser ist deshalb gerechtfertigt, weil im öffentlichen Interesse der mit der Doppelversicherung verbundenen Gefahr der Bereicherung vorgebeugt werden soll und dies nur dann möglich ist, wenn auch ein Abweichen zugunsten des VN nicht möglich ist[64].

§ 9 Schadenersatz als Folge einer betrügerischen Obliegenheitsverletzung

Die Obliegenheit i. e. S. haben wir als Pflicht minderer Zwangsintensität bezeichnet, die dadurch gekennzeichnet ist, dass weder Erfüllungsanspruch noch Schadenersatzanspruch bei ihrer Verletzung gegeben sind, sondern eine Schmälerung der Rechtsposition des Belasteten damit verbunden ist[1]. Steht die Überschrift dieses Paragraphen nicht dazu im Widerspruch?

Handelt es sich bei der verletzten Obliegenheit um eine eigentliche Rechtspflicht, also um eine Obliegenheit i. w. S., so tritt als Rechtsfolge eine Schadenersatzpflicht dann ein, wenn es sich um eine selbständige Nebenpflicht handelt; handelt es sich um eine unselbständige Nebenpflicht[2], so folgt die Schadenersatzpflicht nicht aus der Verletzung der unselbständigen Nebenpflicht, sondern aus der Verletzung der Hauptpflicht bzw. dem gestörten Leistungsverhältnis, da die unselbständige Obliegenheit nur äquivalenzerhaltend wirkt.

Die betrügerische Verletzung von Obliegenheiten i. e. S. kann demnach nicht zu Schadenersatz führen[3]. Eine Schadenersatzpflicht folgt vielmehr einerseits aus

[62] Vgl. Roelli, Motive, S. 108, 175 f. und 217; Hainard S. 101; a. M. Kunz S. 148.
[63] Jaeger N 6 zu Art. 98.
[64] Vgl. Jaeger N 17 und 71/72 zu Art. 53; Hainard S. 102.
[1] Vgl. vorne S. 45.
[2] Wir haben vorne S. 47/48 festgestellt, dass die gesetzlich vorgesehenen unselbständigen Obliegenheiten, Obliegenheiten i. e. S. sind; eine echte, unselbständige Nebenpflicht (Obliegenheit i. w. S.) könnte demnach nur auf Vertrag beruhen.
[3] Die Art und Weise der Verletzung macht die Obliegenheit i. e. S. nicht etwa zur echten Nebenpflicht.

der Tatsache, dass durch die betrügerische Verletzungshandlung das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben derart verletzt wird, dass eine Widerrechtlichkeit gegeben ist und die Schadenersatzpflicht sich aus der dadurch verwirklichten unerlaubten Handlung ergibt[4]; anderseits stützt sich die Schadenersatzpflicht auf die einseitige Auflösung des Vertrages[5]. In diesem Falle ist der Schadenersatz aber nicht unmittelbar Folge der Obliegenheitsverletzung, sondern höchstens mittelbar damit verbunden, denn Rechtsgrund für den Schadenersatzanspruch ist die einseitige Auflösung des Vertrages, nicht die Obliegenheitsverletzung. Die Art und Weise der Obliegenheitsverletzung[6] führt die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrages herbei; diese wiederum ist der Grund für die Auflösung des Vertrages.

Da der Prämienverfall und die Schadenersatzpflicht gemäss Art. 25 ff. VVG nur indirekt mit der betrügerischen Obliegenheitsverletzung verbunden sind, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht näher darauf einzutreten.

[4] Vgl. vorne S. 81 bei N 11.
[5] Vgl. die Art. 25 ff. VVG.
[6] Nicht die Obliegenheitsverletzung als solche; damit steht zugleich aber auch fest, dass nicht unbedingt nur die Verletzung einer Rechtspflicht zu Vertragsauflösung führen kann; deshalb ist m. E. der Rückschluss von dem wegen einseitiger Vertragsauflösung geschuldeten Schadenersatz darauf, dass eine Rechtspflicht verletzt worden sein müsse, weil die Schadenersatzpflicht die Verletzung einer Rechtspflicht bedinge, nicht haltbar (vgl. Koenig S. 139).

4. Teil: Die gesetzliche und vertragliche Regelung der Rechtsfolgen

1. Abschnitt: Die gesetzliche Regelung

§ 10 Der Entwurf Roelli und die darin enthaltenen Grundgedanken

Um ein abgerundetes Bild über die Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzungen zu erhalten, ist es unumgänglich, auf den Entwurf von ROELLI einzugehen, diesen auf eventuell vorhandene Grundgedanken zu untersuchen, um dann davon ausgehend die Bestimmungen des positiven Rechts beizuziehen.

I. Einzelne Obliegenheiten und Rechtsfolgen ihrer Verletzung

1. Anzeigepflicht gemäss Art. 31 des Entwurfes

Im Fall einer wesentlichen Gefahrsänderung[1], die ohne Zutun des VN eingetreten ist, muss der VN diese ihm bekannt gewordene Veränderung ohne Verzug dem Versicherer mitteilen, ansonsten der Vertrag für den Versicherer unverbindlich ist. Ihre Komplementärfunktion[2] zur Gefahrdeklaration geht daraus hervor, dass eine Gefahrsänderung nur dann als wesentlich betrachtet wird, wenn eine für die Beurteilung der Gefahr erhebliche Tatsache, deren Umfang die Parteien beim Vertragsabschluss ausdrücklich festgestellt haben, verändert wird. Damit will ROELLI der herrschenden Meinung, dass jede Gefahrsänderung oder auch nur eine Gefahrsänderung mit bestimmten Merkmalen der Versicherer von der Haftung entbinde, entgegentreten. Als Begründung dafür führt er an[3], dass der Zweck der Versicherung in der Sicherung der wirtschaftlichen Existenz des Menschen liege und dass das Abstellen auf eine Gefahrsänderung schlechthin zu einer Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Versicherten führe, weil dieser mit ängstlicher Sorgfalt sein Verhalten nach gegebenen vagen Vertragsklauseln einrichten und der Erforschung von Gefahrsänderungen unausgesetzte Aufmerksamkeit zuwenden müsse. Aus diesen Gründen erfolgte eine Beschränkung der

[1] Nicht Gefahrserhöhung.
[2] ROELLI, Motive I, S. 92.
[3] ROELLI, Motive I, S. 93.

Gefahrsänderung auf solche Tatbestände, die, wenn sie schon bei Vertragsabschluss bestanden hätten, entweder den Versicherer vom Abschluss abgehalten oder zumindest zur Folge gehabt hätten, dass nicht zu denselben Bedingungen abgeschlossen worden wäre.

2. Anzeigepflicht nach Eintritt des befürchteten Ereignisses gemäss Art. 39 des Entwurfes

Der Versicherer kann die Entschädigung um den Betrag kürzen, um den sie sich bei rechtzeitiger Anzeige des Eintrittes des befürchteten Ereignisses gemindert hätte. Diese Rechtsfolge ist eine erhebliche Milderung gegenüber der damals herrschenden Versicherungspraxis, die die Unverbindlichkeit des Vertrages festhielt. ROELLI[4] führt dazu aus: «Dieses schwere Präjudiz ist jedoch nicht zu rechtfertigen; es steht ... im Hinblick auf die fahrlässige Verletzung der Anzeigepflicht ... in einem unerträglichen Missverhältnis zu dem Nachteile, der dem Versicherer aus der pflichtwidrigen Unterlassung des Forderungsberechtigten möglicherweise erwachsen kann.» Bezüglich des Ersatzanspruches des Versicherers wird ausgeführt, dass dieser dann nicht in Frage komme, wenn auch bei rechtzeitig erfolgter Anzeige der Schaden[5] weder ganz noch teilweise hätte abgewendet werden können[6].

Absatz 3 dieses Artikels hält die Unverbindlichkeit für den Fall fest, dass die unverzügliche Anzeige in bestimmter Absicht unterlassen wird. Diese Rechtsfolge wird damit gerechtfertigt, dass ein wirksamer Schutz für den Versicherer nur «in Form des Präjudizes der Vertragsunverbindlichkeit»[7] gewährt werden könne.

3. Anspruchsbegründung gemäss Art. 40 des Entwurfes

Auch hier tritt wiederum Unverbindlichkeit ein, wenn wider besseres Wissen Tatsachen unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen werden, die die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden.

Wird die Anspruchsbegründung nicht rechtzeitig vorgenommen, so hat diese Säumnis dann keine Auswirkungen, wenn sie entschuldbar ist; denn «unbillige Härten verhindert Art. 44 des Entwurfes»[8].

[4] ROELLI, Motive I, S. 95.
[5] Gemeint sind mit «Schaden» die Auswirkungen des Versicherungsfalles; vgl. zum Schadensbegriff DIENER S. 12 ff.
[6] ROELLI, Motive I, S. 96.
[7] ROELLI, Motive I, S. 96.
[8] ROELLI, Motive II, S. 42.

4. Rettungspflicht gemäss Art. 59 des Entwurfes

Dieser Artikel beinhaltet materiell das gleiche wie Art. 61 VVG. Danach ist der Versicherer berechtigt, die Entschädigung um den Betrag zu kürzen, um den sie sich bei Erfüllung jener Obliegenheiten gemindert hätte. Dies wurde deshalb in den Entwurf aufgenommen, weil nach anderer Meinung der Versicherte dadurch seinen Anspruch überhaupt präjudizierte[9]. «Das Präjudiz ist m. E. zu schwer. Der Versicherer, der die Pflichtverletzung des Versicherten und die Grösse des Schadens nachweisen muss, hat nach dem Entwurf kein anderes Recht, als das, die von ihm geschuldete Entschädigung zu kürzen[10].»

Obschon es ROELLI nicht ausdrücklich erwähnt, muss seine Bemerkung zu Art. 39[11], dass nämlich ein Ersatzanspruch nicht in Frage komme, wenn auch bei gehöriger Erfüllung der Obliegenheit der Schaden weder ganz noch teilweise hätte abgewendet werden können, auch hier Geltung haben.

5. Veränderungsverbot gemäss Art. 62 des Entwurfes

Hier wollte ROELLI schon bei blossem Zuwiderhandeln gegen diese «Pflicht», die Unverbindlichkeit des Vertrages eintreten lassen. Einschränkender als die bestehenden AVB sollte diese Rechtsfolge aber nicht schon wegen irgendeiner Änderung der beschädigten Gegenstände gewährt werden, sondern nur dann, wenn die Feststellung der Schadenursache und des Schadens erschwert oder vereitelt worden sei[12]. In bezug auf die Angemessenheit dieser Rechtsfolge sagt ROELLI: «Art. 62 Abs. 2 setzt auf die Verletzung des Veränderungsverbotes das Präjudiz der Vertragsunverbindlichkeit. Das Präjudiz ist schwer, aber m. E. zur Wahrung der Interessen des Versicherers unentbehrlich.» Besonders interessant ist, dazu festzustellen – und dies dürfte von der Schwierigkeit der wertmässigen Zuordnung einer bestimmten Rechtsfolge zu einer Verletzungshandlung sprechen –, dass ROELLI in den Beratungen der technischen Subkommission vom 18. September 1897 selber den Antrag stellte, «das Präjudiz der Verwirkung des Anspruches nur für die arglistigen Veränderungen an den beschädigten Gegenständen auszusprechen ...»[13].

[9] ROELLI, Motive II, S. 72.
[10] ROELLI, Motive II, S. 72.
[11] Siehe vorne S. 92.
[12] ROELLI, Motive II, S. 76.
[13] Prot. techn. Subkommission S. 39 und 45; vgl. auch Prot. jurist. Subkommission, S. 53: «Es wäre durch nichts gerechtfertigt, schon die fahrlässige Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften von Abs. 1 mit so schweren Folgen zu bedrohen.» So auch Prot. wirtsch. Subkommission S. 46.

II. Grundgedanken

In der Doktrin wird die Ansicht vertreten, dass der Gesetzgeber bei der Kodifikation des Versicherungsrechtes nicht von einem das ganze Gesetz durchziehenden Leitgedanken ausgegangen sei, sondern durch empirisches Vorgehen einer freien Interpretation Tür und Tor geöffnet habe[14]. MAYR[15] wirft dem Gesetzgeber vor, die grosse Ähnlichkeit der vielgestaltigen Fehlertatbestände nicht gesehen zu haben, so dass die entsprechenden Grundgedanken nicht herausgearbeitet worden seien. Darf man diesen Vorwurf, der wohl gegen die Legislative gerichtet ist, auch ROELLI gegenüber gelten lassen?

1. Die Relevanz

Vergegenwärtigen wir uns im einzelnen nochmals die Änderungen gegenüber der Versicherungspraxis, die ROELLI in seinem Entwurf vorbrachte:

- Bei der Normierung der Anzeigepflicht im Falle einer Gefahrsänderung wird das geltende Vertragsrecht, dass jede Gefahrsänderung den Versicherer von der Leistungspflicht entbinde, dahingehend eingeschränkt, dass nur diejenige Gefahrsänderung berücksichtigt werde, die den Versicherer vom Abschluss des Vertrages abgehalten oder er den Vertrag zumindest nicht unter denselben Bedingungen abgeschlossen hätte. Zudem wird eine Gefahrsänderung dann nicht berücksichtigt, wenn sie eine vorübergehende und der frühere Zustand vor Eintritt des befürchteten Ereignisses wieder hergestellt ist[16].
- Bei der Anzeigepflicht nach Eintritt des befürchteten Ereignisses ist entgegen der Versicherungspraxis, die die Unverbindlichkeit statuiert, nur eine Herabsetzung vorgesehen, die dann nicht in Frage kommen soll, wenn auch bei rechtzeitiger Anzeige der Schaden weder ganz noch teilweise hätte abgewendet werden können.
- Diese Regelung findet sich auch bei der Rettungspflicht.
- Die Anspruchsbegründung führt nur dann zu Unverbindlichkeit, wenn bezüglich Tatsachen, die die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würde, eine Täuschung erfolgt ist.
- Das Veränderungsverbot wird entgegen der Versicherungspraxis nicht anlässlich irgendeiner Änderung des beschädigten Gegenstandes verletzt, sondern nur dann, wenn die Feststellung der Schadenursache und des Schadens erschwert oder vereitelt wird.

[14] MAYR S. 28/29; DE BUREN S. 318; SOERGEL/SIEBERT N 9 vor § 241 für das deutsche Recht.
[15] MAYR S. 29.
[16] Zu beachten ist, dass Art. 32 Ziff. 1 VVG erst auf Anregung des Ständeratspräsidenten durch die Ständeratskommission aufgenommen wurde und systematisch nicht zu der Entwurfsregelung passt, die als Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus auf die veränderten Umstände abstellt, unabhängig vom Eintritt des befürchteten Ereignisses. Vgl. hinten S. 99 ff.

Daraus erhellt, dass ROELLI eine Verletzungshandlung nicht isoliert für sich betrachtete und daran Rechtsfolgen anknüpfte, sondern den Obliegenheiten einen bestimmten Zweck zuwies und erst dann eine Obliegenheitsverletzung annahm, wenn sich diese Handlung oder die Unterlassung dieser Handlung als mangelhaft, als nicht zweckgerichtet erwies und dadurch die Rechtsstellung des Versicherers erschwert wurde.

Der Zweck all dieser Obliegenheiten liegt darin, alles zu unterlassen, was eine gehörige Vertragsabwicklung beeinträchtigen könnte[17].

Um diese Zweckverfolgung zu ermöglichen, kann nun so vorgegangen werden, dass bereits in der Umschreibung der Obliegenheit dieser Zweck zum Ausdruck kommt und bei Verletzung gezwungenermassen auch die Äquivalenz gestört ist, so dass nicht noch lange ein bestimmter Erfolg nachgewiesen werden muss. Wir können diese Obliegenheiten als tätigkeitsorientierte Obliegenheiten bezeichnen[18]. Dazu ist das Veränderungsverbot und die Anzeigepflicht bei Gefahrserhöhung zu zählen[19]. Demgegenüber stehen die erfolgsorientierten Obliegenheiten[20]. Da bei diesen Tätigkeit und Erfolg nicht zusammenfallen, muss durch eine vernünftige Regelung einer Tätigkeit der entsprechende Erfolg zugeordnet werden, was mit der adäquaten Kausalität geschieht[21].

Bei den tätigkeitsorientierten Obliegenheiten ist – untechnisch ausgedrückt[22] – die Kausalität in die Umschreibung des objektiven Tatbestandes integriert; bei den erfolgsorientierten, wie z. B. die Anzeigepflicht nach Eintritt des befürchteten Ereignisses oder die Rettungspflicht, befürwortet ROELLI die Anwendung der Kausalität, diese umfassende Zweckberücksichtigung, die von ROELLI angestrebt und in seinem Entwurf auch verwirklicht wurde, kann man mit einem umfassenden Ausdruck als Relevanz bezeichnen[23].

2. Die Verhältnismässigkeit

Betrachtet man alle von ROELLI in Abänderung der zu herrschenden Versicherungspraxis vorgeschlagenen Artikel, die irgendeine Rechtsfolge wegen Obliegenheitsverletzung festlegen, so sieht man, dass der Entwurf vom Grundgedanken durchdrungen war, einer Verletzungshandlung eine angemessene Rechtsfolge zuzuweisen. Dieses Leitprinzip versuchte ROELLI auf zwei Arten zu verwirkli-

[17] Der Eigenzweck fehlt.
[18] In Anlehnung an die Tätigkeitsdelikte des Strafrechts, wo die Tätigkeit und der Erfolg zusammenfallen (SCHWANDER Nr. 133 S. 68).
[19] Vgl. auch die Umschreibung in Art. 40 VVG.
[20] In Anlehnung an die Erfolgsdelikte des Strafrechts.
[21] Diese Zuordnungsfunktion hat die Kausalität auch im Haftpflicht- und im Strafrecht.
[22] Vgl. hinten S. 112 ff.
[23] Vgl. hinten S. 152 bei N 21.

chen: durch Milderung der von den Versicherern angedrohten Rechtsfolgen[24] und durch Erweiterung der tatbeständlichen Voraussetzungen einer Obliegenheit[25].

Aus verschiedenen Wendungen in den Motiven geht dieses Anliegen von ROELLI deutlich hervor; einige davon seien hier aufgeführt: «Die Verletzung der Anzeigepflicht hat nach der herrschenden Versicherungspraxis zur Folge, dass der Vertrag für den Versicherer unverbindlich wird. Dieses schwere Präjudiz ist jedoch nicht zu rechtfertigen; es steht ... in einem unerträglichen Missverhältnis zu dem Nachteile, der dem Versicherer ... möglicherweise erwachsen kann[26].» «Unbillige Härten verhindert Art. 44 des Entwurfes[27].» «Nach anderer Meinung präjudiziert der Versicherte seinen Anspruch überhaupt ... Das Präjudiz ist m. E. zu schwer[28].» Aufschlussreich sind auch die Ausführungen von ROELLI zum Veränderungsverbot. Dieses begrenzte er ja inhaltlich[29] und betrachtete vorerst die Vertragsunverbindlichkeit wohl als schwere Rechtsfolge, aber zur Wahrung der Interessen des Versicherers als unentbehrlich[30]. In den Beratungen der Expertenkommissionen stellte ROELLI aber selber den Antrag, diese Vertragsunverbindlichkeit auf diejenigen Tatbestände zu beschränken, bei denen in arglistiger Weise Veränderungen vorgenommen würden[31].

Auch Art. 44 des Entwurfes, der «unbillige Härten»[32] vermeiden soll, geht aus dem von ROELLI berücksichtigten Gedanken der Verhältnismässigkeit hervor, denn nach allgemeiner Lehre wäre eine Befristung den Bedingungen gleichgestellt, mithin unabhängig vom Verschulden des die Frist Versäumenden. Damit steht zugleich aber auch die Funktion des Verschuldens fest. Es ist nicht etwa haftungsbegründendes Prinzip, sondern Billigkeitskorrektiv[33].

III. Das Alles-oder-nichts-Prinzip im Entwurf von ROELLI

Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen, die vor dem Inkrafttreten des VVG verwendet wurden, wälzten die sekundäre Gefahr vollkommen auf den

[24] Z.B. die Anzeigepflicht nach dem Versicherungsfall, die mit der Unverbindlichkeit im Verletzungsfalle bedroht war, vgl. vorne S.92; ROELLI, Motive I, S. 95.

[25] Zum Beispiel das Veränderungsverbot, indem eine Einschränkung auf Veränderungen, die die Feststellung des Schadens oder der Schadensursache erschweren oder vereiteln, vorgenommen wurde; vgl. vorne S.93; ROELLI, Motive II, S. 74 ff.

[26] ROELLI, Motive I, S. 95/96.

[27] ROELLI, Motive II, S. 42.

[28] ROELLI, Motive II, S. 72.

[29] Siehe vorne S.93 bei N 12.

[30] ROELLI, Motive II, S. 76.

[31] Vgl. vorne S.93 bei N 13.

[32] Vgl. vorne S.92 bei N 8.

[33] Vgl. vorne S.77; zu beachten ist, dass das Verschulden nur massgeblich ist für die Frage, ob die Rechtsfolge überhaupt zur Anwendung gelange oder nicht; der Verschuldensgrad spielt grundsätzlich keine Rolle, es sei denn, es liege eine betrügerische Obliegenheitsverletzung vor.

At und VN ab. Ein angemessener Interessenausgleich scheiterte an der Alleinherrschaft des Versicherers über den Vertragsinhalt[34].

Diesen Ausgleich suchte nun die Rechtsprechung herbeizuführen, indem der Verwirkung nur dann stattgegeben wurde, wenn der Obliegenheitsbelastete schuldhaft gehandelt hatte[35]. Dies änderte jedoch an der herrschenden Alternative zwischen voller Deckungspflicht und gänzlicher Leistungsfreiheit nichts; das Alles-oder-nichts-Prinzip blieb, allerdings in den Voraussetzungen der Anwendbarkeit modifiziert, bestehen[36].

Ehrenzweig[37] warf dem deutschen VVG vor, es sei schon 20 Jahre nach dem Inkrafttreten veraltet; denn es setze den Versicherungsschutz ständig auf «Messers Schneide», indem es völlig auf den durch die AVB geschaffenen Zustand abstelle; diese grobe Regelung zwinge den Richter gerade dazu, einen «juristischen Kunstbehelf» herbeizuziehen, um dieses Entweder-Oder zu mildern.

Nach herrschender Lehre trifft dieser Vorwurf auch das schweizerische VVG[38]. Fraglich ist aber, ob er auch Geltung für den Entwurf von Roelli hat.

Die Kritik an der Alles-oder-nichts-Formel richtet sich nur gegen diejenigen Tatbestände, bei denen ohne Vorliegen einer betrügerischen Handlung als Rechtsfolge die Leistungsfreiheit des Versicherers eintreten soll[39]. Die Leistungsfreiheit des Versicherers im Falle einer betrügerischen Obliegenheitsverletzung wird grundsätzlich als gerechte Lösung empfunden[40]; dies gilt auch für die Leistungsfreiheit infolge Fristversäumnis, sofern die Frist eine angemessene war.

Der einzige Artikel[41] im Entwurf von Roelli, auf den der Vorwurf des Alles-oder-Nichts unter Umständen zutreffen könnte, wäre demnach Art. 31, der die Unverbindlichkeit des Vertrages für den Fall statuiert, dass der VN die ohne sein Zutun herbeigeführte Gefahrsänderung nicht anzeigt; die daraus resultierende Leistungsfreiheit gilt nach dem Entwurf selbst dann, wenn diese Gefahrsänderung auf den Eintritt des befürchteten Ereignisses oder auf den Umfang des Schadens keinen Einfluss ausgeübt hat, denn Roelli will, weniger weitgehend als das VVG, diese Rechtsfolge nur dann nicht eintreten lassen, wenn die Gefahrsänderung eine vorübergehende und der frühere Zustand vor Eintritt des befürchteten Ereignisses wieder hergestellt ist[42]. Diese Lösung wird der Funktion der Gefahrs-

[34] Mayr S. 6.
[35] Vgl. vorne S. 75 bei N 2.
[36] Ehrenzweig S. 25; Mayr S. 6.
[37] Ehrenzweig, Zur Reform des mitteleuropäischen Versicherungsvertragsrechts, JRPV *1928* 161 ff., und Ehrenzweig, Versicherungsvertragsrecht, S. 25 und 87.
[38] Koenig S. 132/133; Mayr S. 28; Klaiber, Die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung des VN, VersR *1966* 713.
[39] Koenig S. 132/133; Ehrenzweig S. 25/26.
[40] Vgl. vorne S. 80 bei N 4.
[41] Die Leistungsfreiheit beim Veränderungsverbot wurde ja von Roelli selber kurz nach der Vorlage des Entwurfes an eine betrügerische Veränderung geknüpft; vgl. vorne S. 93.
[42] Art. 33 Z. 2 des Entwurfes.

änderung gerecht, haben doch die betreffenden Bestimmungen die Aufgabe, das ausgewogene Verhältnis zwischen der Leistung des Versicherers und derjenigen des VN während der Dauer des Vertrages aufrechtzuerhalten[43]. Die Unverbindlichkeit ist in Anbetracht, dass es sich um einen gesetzlich geregelten Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus handelt[44], die zutreffende Rechtsfolge und zwar unabhängig davon, ob sich die Gefahrsänderung auf das eingetretene befürchtete Ereignis oder auf den Umfang der dem Versicherer obliegenden Leistung ausgewirkt hat oder nicht. Rechtstheoretisch ist die von ROELLI festgehaltene Rechtsfolge begründet, so dass diesbezüglich die Formel des Alles-oder-Nichts, mit der eine Gesetzeshärte kritisiert wird, eigentlich gar nicht zutrifft; denn eine andere Rechtsfolge könnte mit der Tatsache, dass es sich um einen Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus handelt, nicht in Übereinstimmung gebracht werden, sondern wäre nur eine zugunsten des VN sich auswirkende Billigkeitsnorm. Dass bei einer Gefahrsänderung ohne Zutun des VN die Rechtsfolge an das Unterlassen der Anzeigepflicht geknüpft wird, ist bereits eine Milderung der Clausula-Regel[45].

Allgemein können wir feststellen, dass ROELLI die Folge von Obliegenheitsverletzungen nach drei Prinzipien ordnete:

1. Strenges aber gerechtfertigtes Prinzip des Alles-oder-Nichts: Unabhängig von einem Schaden, der u. U. durch eine Obliegenheitsverletzung verursacht werden könnte, tritt entweder Unverbindlichkeit[46] des Vertrages ein oder der Versicherer bleibt voll leistungspflichtig. Dies gilt bei allen betrügerischen Verletzungshandlungen sowie bei Unterlassen der Anzeige einer Gefahrsänderung, die ohne Zutun des VN eingetreten ist.
2. Kausalitätsgradprinzip: Danach ist nicht allein massgebend, ob ein Umstand kausal ist, sondern in welchem Umfang. Dieses Prinzip ist verwirklicht in Art. 39/2 und 59/2 des Entwurfes.
3. Versicherungstechnische Korrektur:
   Art. 70 des Entwurfes hält eine derartige Korrektur fest, wobei sich diese entweder auf die Prämie oder auf die Leistung des Versicherers auswirkt.

[43] WERBER S. 1/2 und vorne S. 94.

[44] In Deutschland wird auf die sog. Geschäftsgrundlage abgestellt; MÖLLER N 4 zu § 23; REIMER SCHMIDT S. 204/205; WERBER S. 2.

[45] Vgl. ROELLI, Motive I, S. 89: «Doch sprechen gewichtige Gründe dafür, die Gefahrsänderung, die ohne Zutun des Versicherten eintritt, einer milderen Regelung zu unterwerfen.» So auch WERBER S. 19.

[46] ROELLI verwendete den Ausdruck «Unverbindlichkeit» im Zusammenhang mit bestimmten Obliegenheitsverletzungen; vgl. hinten S. 108 bei N 7.

§ 11 Die Rechtsfolgen nach dem VVG vom 2. April 1908

Die Beratungen der verschiedenen Expertenkommissionen endigten im Jahre 1901. Die von der Gesamtkommission gebilligte Vorlage[1] bildete die Grundlage für den vom Bundesrat anschliessend vorgelegten Entwurf. Dieser brachte nur einige unbedeutende Änderungen in bezug auf Obliegenheiten und deren Verletzungen. Hingegen wurden bei den Beratungen der ständerätlichen Kommission Änderungen vorgenommen, die Eingang ins Gesetz fanden und die wegen ihrer Bedeutung näher zu untersuchen sind.

I. Erweiterung und Abänderung des Entwurfes durch den Gesetzgeber

1. Die zweite Kausalreihe bei der Gefahrserhöhung[2]

Ein Antrag[3] anlässlich der Beratung der Gesetzesartikel über die Gefahrserhöhung in der ständerätlichen Kommission lautete dahin, die Folgen der verletzten Anzeigepflicht dann nicht eintreten zu lassen, wenn zwischen der Änderung der Gefahr und dem schadenspflichtigen Ereignis kein Kausalzusammenhang bestehe.

Auf Antrag Brenners[4] wurde dies als neuer Passus in Art. 31 eingeführt, und zwar mit dem Wortlaut: «Wenn der VN nachweist, dass der Eintritt des befürchteten Ereignisses nicht durch die Gefahrsänderung bedingt war[5].» Damit erhielt dieser Ausschluss der Vertragsverbindlichkeit nicht nur Geltung für die Verletzung der Anzeigepflicht, sondern ganz allgemein für die Tatbestände der Gefahrserhöhung. Daneben wurde aber auch der von Roelli geprägte Ausschlussgrund, dass die Rechtsfolgen dann nicht eintreten, wenn die Gefahrsänderung (bzw. -erhöhung) eine bloss vorübergehende war und der frühere Zustand vor Eintritt des befürchteten Ereignisses wieder hergestellt sei[6], beibehalten.

Es sind hier verschiedene Kausalreihen zu unterscheiden: einerseits die von Roelli, die damit übereinstimmt, dass es sich bei den Bestimmungen über die Gefahrserhöhung um einen Anwendungsfall der clausula handelt[7], andererseits die von der Ständeratskommission aufgestellte. Diese Kausalreihe stellt auf den Ein-

[1] Vgl. Prot. Ges. EK.
[2] Auf den Unterschied zwischen Gefahrsänderung und Gefahrserhöhung ist hier nicht einzugehen; vgl. StenBull *1905* 179 r. Sp. o.
[3] Antrag Scherrer zu Art. 28, Prot. SR Komm. S. 8.
[4] Prot. SR Komm. S. 8/9.
[5] Dieser Wortlaut wurde dann von der Redaktionskommission abgeändert; vgl. StenBull *1905* 80 r. Sp.
[6] Siehe vorne S. 94.
[7] Siehe vorne S. 98 bei N 44.

tritt des befürchteten Ereignisses bzw. auf den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers ab, lässt demnach die rechtstheoretische Rückführung der Gefahrserhöhung ausser Betracht; denn eine wesentlich veränderte Vertragsgrundlage liegt selbst dann vor, wenn unterdessen das befürchtete Ereignis eingetreten ist, sich aber die Tatsache der Gefahrserhöhung nicht hat auswirken können. Geht diese Kausalreihe demnach nicht von der Funktion der Bestimmungen über die Gefahrserhöhung als Anwendungsfall der clausula aus, so muss sie als blosse Billigkeitsnorm betrachtet werden, die zugunsten des VN oder At wirken soll[8].

Über das Verhältnis dieser beiden Kausalreihen zueinander gab man sich im Ständerat keinen Gedanken hin. In der nationalrätlichen Kommission wurde dieses Problem erörtert[9], wobei BRENNER[10] beantragte, diese beiden Ziffern zu verschmelzen. Die Lösung fand man schliesslich darin, die Ziff. 1[11] einfach zu streichen, mit der Begründung, diese Bestimmung sei überflüssig, weil der gleiche Gedanke in Ziff. 2 ausgedrückt sei[12]. Wie wir festgestellt haben, sind aber diese beiden Kausalreihen aus völlig verschiedenen Gründen entstanden. Dies dürfte ein Beispiel dafür sein, wie im Gesetzgebungsverfahren im Verlaufe der Beratungen die eine Bestimmung tragenden Grundgedanken immer mehr in Vergessenheit geraten und schlussendlich eine Lösung angestrebt wird, die wohl als billig erscheinen mag, aber des Systemrückhaltes entbehrt.

Diesen Ausführungen könnte der Einwand entgegengehalten werden, dass die Gefahrtragung mit der Leistungspflicht in einem bestimmten Zusammenhange stehe, indem die bedingte Leistungspflicht funktionell gesehen selber Gefahrtragung sei und dass somit das Kausalitätserfordernis zwischen Gefahrserhöhung und Eintritt des befürchteten Ereignisses bzw. Umfang der Leistung aus der Natur der Sache sich ergebe. Dieser Einwand verschlägt aber nicht, denn er ver-

[8] Vergeblich sucht man in den Materialien nach einer Begründung für diesen Zusatz. SCHERRER führt dazu bei der Berichterstattung (StenBull *1905* 180) nur aus, dass diese Ziffer «gewiss richtig» sei.

Es darf angenommen werden, dass die Antragsteller durch den amtlichen deutschen Entwurf von 1903 beeinflusst worden waren (vgl. MINNIER S. 88), wonach die Verpflichtung des Versicherers bestehen bleibt, wenn die Erhöhung der Gefahr keinen Einfluss auf den Eintritt des Versicherungsfalles und auf den Umfang der Leistung des Versicherers gehabt hat (vgl. dVVG § 28); ausser acht gelassen wurde dabei wohl, dass das dVVG im Gegensatz zum schweizerischen VVG eine eigentliche Gefahrstandspflicht kennt (vgl. WERBER S. 6 ff.). Vgl. allgemein § 49 schwed. VVG, der wie folgt lautet:

«Die Erhöhung der Gefahr bleibt ohne Einfluss auf die Haftung des Versicherers, wenn der Zustand, in dem eine Änderung eingetreten war, wiederhergestellt worden ist oder die Gefahrserhöhung sonst ihre Bedeutung verloren hat.

Dasselbe gilt, wenn die Massnahme, durch die die Gefahrerhöhung herbeigeführt ist, in der Absicht getroffen wurde, der Beschädigung einer Sache oder einer Person vorzubeugen, und zwar unter Umständen, die die Massnahme geboten erscheinen liessen.»

[9] Prot. NR Komm. S. 415.

[10] Der beratend ebenfalls bei der ständerätlichen Kommission mitgewirkt hatte, vgl. vorne S. 99 bei N 4.

[11] Also der von ROELLI vorgeschlagene Ausschluss; Prot. NR Komm. S. 10.

[12] StenBull NR *1907* 518 l. Sp. u.

kennt, dass die Gefahrserhöhung positivrechtlich in einem engen Zusammenhange mit der vorvertraglichen Anzeigepflicht steht[13], es mithin um Wahrung der Umstände geht, die auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag unter diesen Bedingungen abzuschliessen, wesentlichen Einfluss hatten. Dieser Wille des Versicherers ist aber unabhängig davon zu beurteilen, ob sich die Gefahrserhöhung auf das inzwischen eingetretene befürchtete Ereignis bzw. den Umfang seiner Leistung ausgewirkt habe, denn damit ist keineswegs gesagt, ob er den Vertrag zu den gleichen Bedingungen abgeschlossen hätte[14].

Dass es sich bei diesem Kausalitätserfordernis um eine Billigkeitslösung handelt, wird u. a. auch von WERBER[15] vertreten, der es als «Restriktionsmittel» betrachtet, um eine für den VN billige und vernünftige Einschränkung relevanter Gefahrserhöhung zu erreichen.

2. Vertragliche Obliegenheiten zur Verminderung der Gefahr und zur Verhütung einer Gefahrserhöhung

Ebenfalls aus dem deutschen Entwurf zum VVG stammt der jetzige Art. 29 VVG[16]. Aus dem Protokoll der ständerätlichen Kommission geht diesbezüglich nichts Wesentliches hervor[17]; bei der Berichterstattung im Ständerat[18] wurde ausgeführt, dass die Nichterfüllung solcher Pflichten nach der Versicherungspraxis den Vertrag für den Versicherer ohne weiteres unverbindlich mache, dass dies aber dann nicht gerechtfertigt erscheine, wenn das schädigende Ereignis aus andern Gründen eingetreten sei, die in gar keinem Kausalzusammenhang mit der vertraglich übernommenen Verpflichtung stünden.

Ob dieser löblichen Tendenz, den VN vor allzu rigorosen Verwirkungsklauseln zu schützen, vergass man, diese Bestimmung in einen Zusammenhang mit dem aufgezeigten System der Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzungen[19] zu bringen. Dem deutschen Gesetz von 1908[20] konnte die Konsequenz nicht abgesprochen werden, kannte es doch keine Abstufung nach dem Kausalitätsgrad, nicht einmal für die Rettungspflicht[21], sondern nur entweder die volle Leistungspflicht oder volle Leistungsfreiheit, wobei die Gefahrstandspflicht und die gefahrsprä-

[13] Vgl. vorne S. 91 bei N 2.

[14] Nur das deutsche, schweizerische und (beschränkt auf die See- und Transportvers.) schwedische Gesetz kennen diese Kausalität; anderen Ländern ist sie fremd, wie z. B. dem französischen Recht; vgl. WERBER S. 19, 35 und 108 und vorne S. 100 N 8.

[15] WERBER S. 106.

[16] Vgl. § 32 der Reichstagsvorlage bei MINNIER S. 92.

[17] Prot. SR Komm. S. 41 (Art. 31 a) und S. 50 (Art. 31 a); allerdings scheint man doch gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten zur Herbeiführung des Versicherungsfalles (jetzige Art. 14 VVG) erkannt zu haben (vgl. S. 52 ff.).

[18] StenBull *1905* 180 r. Sp. o.

[19] Vgl. vorne S. 94 ff.

[20] Vor der Revision vom 7. November 1939.

[21] Vgl. MINNIER S. 102; ROELLI, Binnenversicherung, S. 357; MÖLLER N 21 zu § 6.

ventiven Obliegenheiten nach § 32 die Kausalität in bezug auf den Versicherungsfall bzw. Umfang der Leistung voraussetzten, die Verletzung der übrigen Obliegenheiten aber unabhängig von der Kausalität die Leistungsfreiheit des Versicherers mit sich brachten.

Der schweizerische Gesetzgeber wäre besser beraten gewesen, wenn er beim Erlass des Art. 29 VVG von der Regelung der Rettungspflicht ausgegangen wäre, denn der diesbezügliche Artikel behandelt einen ähnlichen Tatbestand; nämlich die Schadenminderung, währenddem sich Art. 29 VVG auf die Gefahrsverminderung bezieht[22]. Insbesondere darf nicht ausser acht gelassen werden, dass Art. 29 VVG kein gesetzlich geregelter Anwendungsfall der clausula ist. Verschiedene Gründe sprechen dagegen: so wird in Art. 29 VVG ausdrücklich erwähnt, dass die Bestimmungen des Art. 28 – und damit auch der Art. 30–32[23] – Art. 29 nicht tangieren; Art. 29 VVG verlangt nicht eine wesentliche Gefahrserhöhung, bezieht sich mithin nicht auf den Vertragsabschluss und zudem ist die Unvorhersehbarkeit der Gefahrserhöhung, wie sie für die Art. 28 und 30 VVG verlangt wird[24], nicht gegeben, müssen doch bestimmte[25] Obliegenheiten vereinbart werden. Die vom VVG ausdrücklich gebilligten Vereinbarungen im Sinne des Art. 29/1 greifen nicht auf den Tatbestand der Gefahrserhöhung zurück, sondern auf denjenigen der Gefahrsprävention[26].

3. Die Auskunfts- und Belegpflicht

Auf Antrag der Ständeratskommission wurde der Entwurf von ROELLI dahingehend zugunsten des VN oder At abgeändert, dass nur auf Begehren des Versicherers Auskunft erstattet werden müsse und die Säumnisfolge nur dann eintreten könne, wenn der Versicherer den Forderungsberechtigten[27] unter Androhung der Säumnisfolgen schriftlich aufgefordert habe, die betreffenden Mitteilungen zu machen[28].

[22] Praktisch dürfte die Abgrenzung zwischen Schadenverminderung, Gefahrsverminderung und einer Obliegenheit zum Zwecke der Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles je nach der Umschreibung des Eintrittes des befürchteten Ereignisses auf Schwierigkeiten stossen; vgl. EHRENZWEIG S. 272/273; MÖLLER N 10 zu § 32; LG Mönchengladbach 23. Mai 1967 in ZVersWiss *1969* S. 567 Nr. 304.

[23] Vgl. DIENER S. 81/82; KELLER S. 429; HAINARD S. 67.

[24] ROELLI, N 29 zu Art. 28 S. 332; WERBER S. 28.

[25] Siehe Art. 29; mit der «Bestimmtheit» fällt aber zugleich die «Unvorhersehbarkeit» dahin.

[26] KELLER S. 428; da diese vertraglichen Obliegenheiten eng mit dem Versicherungsfall verbunden sind und Äquivalenzerhaltung bezwecken, handelt es sich ebenfalls um unselbständige Obliegenheiten; vgl. auch S. 74 bei N 55a.

[27] Nachher abgeändert in «Anspruchsberechtigten»

[28] StenBull *1905* 82 o.

4. Das Verschuldenserfordernis für vertraglich vereinbarte Rechtsfolgen

Die Bestimmung, dass eine unverschuldete Fristversäumnis keine nachteiligen Folgen haben sollte, sofern das Versäumte nach Beseitigung des Hindernisses unverzüglich nachgeholt wurde, war die gesetzliche Verankerung der bestehenden Gerichtspraxis[29]. In Erweiterung dieses Grundsatzes beantragte die Ständeratskommission die Aufnahme eines Art. 42a, der mit einer Ausnahme[30] dem jetzigen Art. 45/1 VVG entspricht. Als Begründung wurde angeführt, dass auch Obliegenheiten auferlegt werden können, die nicht an Fristen gebunden seien und dass, wenn schon die unverschuldete Fristversäumnis ohne nachteilige Folgen sein soll, aus Konsequenzgründen auch die unverschuldete Nichterfüllung von Obliegenheiten die gleiche Wirkung haben müsse[31].

II. Auswirkung dieser Änderungen auf den Entwurf Roelli

Die durch den Stände- und Nationalrat bewirkte Änderung bezüglich der Gefahrserhöhung haben wir bereits eingehend erörtert[32]. Die Neuerungen, die die Auskunfts- und Belegpflicht sowie das Verschuldenserfordernis bei vertraglich vereinbarten Rechtsfolgen beinhalten, sind mit den Grundgedanken von Roelli zu vereinbaren. Fraglich ist aber, ob der aus dem deutschen Entwurf entlehnte Artikel über die Gefahrsprävention überhaupt zu der schweizerischen Regelung passt.

Gefahrspräventive Obliegenheiten haben zum Zweck, eine Gefahr zu verhindern oder eine Gefahrserhöhung zu vermeiden. Sie sind daher ausschliesslich auf Gefahrstatsachen gerichtet[33]. Nach herrschender Lehre[34] tritt die strenge Rechtsfolge der Leistungsfreiheit des Versicherers bzw. des Nichtgebundenseins an den Vertrag auch dann ein, wenn die Kausalität nur eine teilweise, ja sogar nur eine geringfügige war. E contrario wird abgeleitet, dass für die übrigen Rechtsfolgen des Kausalitätserfordernis nicht spiele. Die Einführung des Kausalitätserfordernisses war wohl eine Verbesserung gegenüber der bestehenden Versicherungspraxis, die an die Nichterfüllung einer solchen Obliegenheit unabhängig von der Kausalität die Unverbindlichkeit des Vertrages knüpfte[35], doch scheint der Gesetzgeber auf halbem Wege stehen geblieben zu sein. «So gerechtfertigt und

[29] StenBull *1905* 216 r. Sp.; Botschaft S. 26.
[30] Die Ausnahme: in Art. 42a wird nur der VN, nicht aber der At aufgeführt.
[31] StenBull *1905* 216 r. Sp.
[32] Vgl. vorne S. 99 ff.
[33] Keller S. 429.
[34] Roelli N 4 zu Art. 29 S. 356; Keller S. 433; Corneille S. 97; Möller N 38 zu § 6; Minnier S. 105.
[35] StenBull *1905* 180 1. Sp.

selbstverständlich eine solche Klausel [gemeint ist die Unverbindlichkeit] ist, sofern das schädigende Ereignis durch die Nichtbeachtung jener vertraglich übernommenen Verpflichtung verursacht worden ist, sowenig gerechtfertigt erscheint es auf der andern Seite, dass der Vertrag auch dann keine Gültigkeit haben sollte für den Versicherer, wenn das schädigende Ereignis aus andern Gründen eingetreten ist, die in gar keinem Kausalzusammenhang mit der vertraglich übernommenen Verpflichtung stehen[36].» So argumentierte man im Ständerat, wohl nicht beachtend, dass die Unverbindlichkeit auch dann nicht «so gerechtfertigt und selbstverständlich» sein dürfte, wenn sich die Obliegenheitsverletzung in äusserst geringfügiger Art und Weise ausgewirkt haben sollte. Wie bereits erwähnt[37], wäre der Gesetzgeber besser beraten gewesen, wenn er eine Regelung in Anlehnung an diejenige der Rettungspflicht getroffen hätte. Damit hätte man u.a. auch die Schwierigkeiten, die entstehen, wenn bei einem gedehnten Versicherungsfall sich Rettungspflichten und gefahrspräventive Obliegenheiten überschneiden, umgehen können.

Dem Einwand, dass so eine unpraktikable Lösung geschaffen würde, kann entgegengehalten werden, dass gerade beim Versicherungsvertrag, der ja der Sicherung der wirtschaftlichen Existenz des Menschen dienen soll[38], wohl kaum aus Praktikabilitätsgründen eine sich u. U. zuungunsten des VN auswirkende Regelung befürwortet werden darf. Dies wäre eine erhebliche Fehlbewertung der Interessenlage.

Dass im übrigen die Berufung auf die gleiche Regelung bei der Gefahrserhöhung nicht zutrifft, geht aus der Wesensverschiedenheit der Gefahrserhöhung und der Gefahrsprävention hervor.

III. Das Alles-oder-nichts-Prinzip im VVG von 1908

Dem von Roelli ständig beachteten Grundsatz der Verhältnismässigkeit der Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzung zur Schwere der Verletzungshandlung folgte auch die Legislative, ja erweiterte in verschiedenen Fällen sogar noch den Rechtsschutz für den Obliegenheitsbelasteten[39]. Auch die Beschränkung der Verwirkung und der Unverbindlichkeit des Vertrages auf diejenigen Fälle, in denen die Verletzung auf den Eintritt des Versicherungsfalles oder auf den Umfang der Leistung des Versicherers Einfluss hatte, war in guten Treuen vorgenommen worden, doch darf man diesbezüglich dem Gesetzgeber eine Fehlbewertung der ein-

[36] StenBull *1905* 180 1. Sp.
[37] Vgl. vorne S. 102 bei N 22.
[38] Roelli, Motive I, S. 113.
[39] Siehe vorne S. 99 f. und 102.

ander gegenüberstehenden Interessen des VN und des Versicherers entgegenhalten.

In Abweichung zu den im Entwurf ROELLI vorhandenen drei Prinzipien der Rechtsfolgeregelung lassen sich im VVG vier erkennen:

1. Das strenge aber gerechtfertigte Alles-oder-nichts-Prinzip[40]:
   Hier sind die betrügerischen Obliegenheitsverletzungen einzureihen.
2. Das gemässigte Alles-oder-nichts-Prinzip:
   Diese neue Kategorie wird durch diejenigen Tatbestände gebildet, bei denen sich die Obliegenheitsverletzung auf den Eintritt des Versicherungsfalles oder auf die Leistung des Versicherers ausgewirkt haben muss, damit die Unverbindlichkeit bzw. Leistungsfreiheit Platz greift. Darunter fällt die Regelung der gefahrspräventiven Obliegenheiten und die Anzeigepflicht im Zusammenhang mit einer Gefahrserhöhung ohne Zutun des VN[41].
3. Das Kausalitätsgradprinzip[42].
4. Die versicherungstechnische Korrektur[43].

Exkurs: Das Alles-oder-nichts-Prinzip im dVVG[44]

Die Novelle von 1939 versucht die «nicht mehr völlig im Einklang mit der Gerechtigkeitsvorstellung»[45] sich befindliche Regelung des § 6 dVVG durch Änderung bestehender Rechtsfolgevorschriften und Einführung neuer Obliegenheiten dem Postulat der Verhältnismässigkeit anzupassen.

Ganz allgemein gilt nach § 6 Abs. 4, dass eine Vereinbarung, wonach der Versicherer bei Verletzung einer Obliegenheit zum Rücktritt[46] berechtigt sein soll, unwirksam sei.

Im dVVG gelten folgende vier Prinzipien:

1. Das strenge Alles-oder-nichts-Prinzip

Es gilt für die vor Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllenden Obliegenheiten unter Ausschluss der Obliegenheiten zur Gefahrsprävention, und zwar unabhängig vom Verschuldensgrad[47]. Weiterhin trifft es auf die vorsätzliche Verletzung von Obliegenheiten nach Eintritt des befürchteten Ereignisses zu[48].

[40] Vgl. vorne S. 98.
[41] Dieser Tatbestand befindet sich beim Entwurf ROELLI unter Prinzip 1.
[42] Vgl. vorne S. 98.
[43] Art. 75 VVG und vorne S. 98.
[44] Vgl. dazu MINNIER S. 174 ff.; KLAIBER VersR *1966* 713 ff.; BAUMGÄRTEL VersR *1968* 818 ff., MÖLLER N 21 zu § 6.
[45] MINNIER S. 174.
[46] Darunter ist Vertragsauflösung ex tunc zu verstehen, vgl. MÖLLER N 20 zu § 6.
[47] § 6 Abs. 1.
[48] § 6 Abs. 3 und § 62 Abs. 2.

Die strenge Rechtsfolge der Verwirkung wird durch das sog. Klarstellungserfordernis gemässigt. Danach muss der Versicherer innerhalb eines Monats, nachdem er von einer Obliegenheitsverletzung des VN Kenntnis erlangt hat, den Vertrag kündigen, wenn er sich auf die Leistungsfreiheit berufen will[49].

2. Das gemässigte Alles-oder-nichts-Prinzip

Sowohl für die gefahrspräventiven Obliegenheiten als auch für diejenigen im Zusammenhang mit einer Gefahrserhöhung gilt, dass sich der Versicherer dann nicht auf die Leistungsfreiheit berufen kann, wenn die Verletzung keinen Einfluss auf den Eintritt des Versicherungsfalles oder den Umfang der ihm obliegenden Leistung gehabt hat[50]. Dieses Prinzip gilt auch für die vorvertragliche Anzeigepflicht gemäss § 21[51].

3. Das Kausalitätsgradprinzip

Für die nach Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllenden Obliegenheiten[52] gilt bei grobfahrlässiger Verletzung das Kausalitätsgradprinzip, das aber unter Umständen auch bei vorsätzlicher Verletzung[53] zum Zuge kommen kann. Die Verletzungsfolgen der besonderen Obliegenheiten der Pflichtversicherung, die der anspruchsberechtigte Dritte zu erfüllen hat, basieren unabhängig vom Verschuldensgrad auf dem Kausalitätsgradprinzip.

4. Die versicherungstechnische Korrektur

Diese ist in den §§ 41 Abs. 1 und 162 Abs. 1 VVG verwirklicht und sieht eine Korrektur entweder der Prämie oder der Leistung des Versicherers vor.

Nach dem dVVG sind bloss leicht fahrlässige Obliegenheitsverletzungen, sofern es sich um Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles handelt, unbeachtlich, d. h. das damit verwirklichte subjektive Risiko ist im Versicherungsschutz eingeschlossen[54].

[49] § 6 Abs. 1 Satz 2.

[50] § 6 Abs. 2, § 25 Abs. 3 und § 28 Abs. 2.

[51] Anders das schweizerische Recht.

[52] Siehe § 6 Abs. 3, § 62 Abs. 2 und § 158 d, e; dieser Paragraph enthält für die Pflichtversicherung eine dem schweizerischen Recht unbekannte Obliegenheit, indem der geschädigte Dritte dem Versicherer innerhalb von zwei Wochen schriftlich die aussergerichtliche und unverzüglich die gerichtliche Geltendmachung seines Anspruches gegen den VN anzeigen und gegebenenfalls Auskünfte und Belege beibringen muss. Vgl. ähnliche Obliegenheiten im schweizerischen Recht, hinten S. 117.

[53] Nämlich dann, wenn der Versicherer seiner Belehrungspflicht nicht nachgekommen ist, denn dann wird er nur insoweit leistungsfrei, als er durch die vorsätzlich falschen Angaben geschädigt worden ist (BGH 16. Oktober 1968 in ZVersWiss *1969* S. 559/560 Nr. 260).

[54] Ansätze dafür in der schweizerischen Gerichtspraxis siehe SVA VI Nr. 279 S. 548.

§ 12 Übersicht über die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen

Obliegenheiten i.e.S. sind, wie wir festgestellt haben[1], Pflichten minderer Intensität. Dies hat zur Folge, dass bestimmte Rechtsfolgen, die infolge Verletzung einer echten Rechtspflicht zur Anwendung gelangen könnten, bei Verletzung einer Obliegenheit i.e.S. nicht an die Nicht- oder Schlechterfüllung dieser Pflichten minderer Zwangsintensität geknüpft werden können, weil der Grundsatz der Ökonomie der rechtlichen Mittel[2] entsprechend der minderen Intensität mindere Rechtsfolgen verlangt. Die gesetzlich vorgesehenen Obliegenheiten sind – mit Ausnahme der Anzeigepflicht bei der Doppelversicherung – Pflichten minderer Intensität; infolge besonderer Interessenlage ist es aber möglich, dass eine derartige Obliegenheit als echte Rechtspflicht, also als Obliegenheit i.w.S. betrachtet werden muss[3].

Ganz allgemein gilt: Obliegenheiten i.e.S. sind dadurch gekennzeichnet, dass sie weder Erfüllungszwang noch eine Klage- oder Vollstreckungsmöglichkeit, noch einen Verletzungsschadenersatzanspruch zur Folge haben[4]. Kraft der unselbständigen Natur der Obliegenheiten i.w.S.[5] ist aber auch bei diesen ein Erfüllungszwang oder eine Leistungsklage ausgeschlossen, da sie keinen Eigenzweck verfolgen und ihre Nichterfüllung oder Schlechterfüllung nur dann sich auswirken kann, wenn es zu einer Leistungsstörung im gesamten kommt[6].

Das VVG und verschiedene andere Erlasse sehen nun Rechtsfolgen vor, auf die im einzelnen näher eingegangen werden soll. In Zweifelsfällen sind jeweils die rechtstheoretischen Überlegungen zur Bestimmung der Rechtsfolge beizuziehen.

I. Rechtsfolgen des VVG

1. Auflösung des Vertrages

a) Spezielle Ausgestaltung des Vertragsauflösungsrechtes

Gemäss Art. 6, 28 Abs. 1, 29 Abs. 2, 38 Abs. 3, 40, 51, 53 Abs. 2 und 68 VVG ist der Versicherer unter bestimmten Voraussetzungen an den Vertrag nicht gebunden. Diese Wendung «an den Vertrag nicht gebunden», wurde durch die wirt-

[1] Vgl. vorne S.47/48.
[2] Der ja auch bei der Begründung der Obliegenheit i.e.S. mitspielt, vgl. SOERGEL/SIEBERT N 9 vor § 241.
[3] Vgl. vorne S.47 bei N 61.
[4] SOERGEL/SIEBERT N 8 vor § 241, N 101 zu § 242, N 111 zu § 242, N 11 zu § 278; REIMER SCHMIDT S. 268; MINNIER S. 19/20; WERBER S. 7; vgl. auch vorne S.45/46.
[5] Vgl. vorne S.62.
[6] Vgl. vorne S.62 und 29.

schaftliche Subkommission anstelle der von ROELLI vorgeschlagenen «Unverbindlichkeit des Vertrages» eingeführt[7]. Was darf darunter verstanden werden[8]?

Unter die «Nichtgebundenheit» fällt sowohl die Leistungsfreiheit als auch ein Vertragsauflösungsrecht[9]. Beim Vertragsauflösungsrecht handelt es sich um ein Gestaltungsrecht, das dem Versicherer die Möglichkeit gibt, sich von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien. Nicht unwesentlich ist dabei, dass mit Ausnahme der Art. 6 und 28/1 VVG immer betrügerische Obliegenheitsverletzungen vorliegen. Nach KELLER[10] handelt es sich beim Vertragsauflösungsrecht um ein Gestaltungsrecht, das dem Versicherer ermöglichen soll, mit Wirkung vom Zeitpunkt des betrügerischen Verletzung an vom Vertrag zurückzutreten, also um ein zeitlich beschränkt rückwirkendes Rücktrittsrecht. Versicherungsfälle, die nach der betrügerischen Obliegenheitsverletzung eintreten, könnten somit nicht mehr unter den Versicherungsschutz fallen, wenn der Versicherer sein Rücktrittsrecht ausübt. Diese von Keller vertretene Ansicht lässt wesentliche Unterschiede unberücksichtigt.

Denn bei den nach Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllenden Obliegenheiten und bei den gefahrspräventiven Obliegenheiten steht immer nur der Einzelanspruch in Beziehung zum Obliegenheitstatbestand. Die Rechtsfolge sollte sich demnach auf den Einzelanspruch und nicht auf das ganze Vertragsverhältnis beziehen. «Die primäre Wirkung dieser Unverbindlichkeit ist die spezielle Leistungsbefreiung des Versicherers gegenüber einem bestimmten defekten Einzelanspruch[11].» Die Nichtgebundenheit des Versicherers kann aber nicht auch noch zur Folge haben, dass er für alle Ansprüche leistungsfrei wird, die seit der betrügerischen Obliegenheitsverletzung entstanden sind. Das Vertragsauflösungsrecht kann demnach nur zukunftsgerichtet sein, ist mithin bloss eine fristlose Kündigung[12].

Anderes gilt für die Anzeigepflicht gemäss Art. 30 VVG. Hier steht nicht ein Einzelanspruch zur Diskussion, sondern das Vertragsverhältnis als solches. Demnach muss sich die «Nichtgebundenheit» rückwirkend auswirken; der Versicherer kann den Vertrag nicht nur fristlos kündigen, sondern vom Zeitpunkt der Verletzung der Obliegenheit an auflösen. Dies gilt ebenfalls für die betrügerische Unterlassung der Anzeige einer Doppelversicherung, wobei hier ja eine untrennbare Verknüpfung zwischen Leistungsfreiheit und Rücktritt besteht[13].

[7] Prot. wirtsch. Subkommission S. 11/12; vgl. auch Prot. Ges. EK S. 7/8.

[8] Diese Frage wurde bereits im Zusammenhang mit der Behandlung betrügerischer Obliegenheitsverletzungen aufgeworfen; vgl. vorne S. 73 f.

[9] Vgl. vorne S. 73/74.

[10] KELLER S. 272 N 6, S. 577 bei N 4, S. 586; so auch CORNEILLE S. 93.

[11] GANTENBEIN S. 184.

[12] So GANTENBEIN S. 183/184, 189, 205, 212; KURMANN S. 77 ff., 87 und 133; ZINGG S. 61/62; FRANK S. 79 ff.; KERN S. 78 N 5; unbestimmt diesbezüglich KOENIG S. 130/131 und 269.

[13] Vgl. vorne S. 74 bei N 25.

Damit liegt weitgehend Übereinstimmung mit dem dVVG vor; dieses sieht grundsätzlich auch nur ein Kündigungsrecht vor. Hingegen ist im Zusammenhang mit der Gefahrstandspflicht und der vorvertraglichen Anzeigepflicht ein Rücktrittsrecht gegeben[14]. § 6 Abs. 4 schliesst im übrigen zwingend eine Rücktrittsvereinbarung wegen Obliegenheitsverletzung aus.

Da in all diesen Fällen die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses gegeben ist, hält die Vertragsauflösung auch den vorne erwähnten Anforderungen stand[15].

Spezielles gilt hinsichtlich des Art. 29 VVG. Auch dort ist die «Nichtgebundenheit» erwähnt; d. h. also der Versicherer kann neben der Leistungsfreiheit auch den Vertrag auflösen. Meines Erachtens sollte die Leistungsfreiheit an sich genügen, um vor irgendeinem Schaden zu bewahren. Nur in krassen Fällen sollte dem Versicherer wegen der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses ein Vertragsauflösungsrecht im Sinne einer fristlosen Kündigung zugestanden werden[16].

b) Verzicht auf das Vertragsauflösungsrecht

Die Rücktritts- und Kündigungsrechte sind in ihrem Bestand zeitlich nicht beschränkt, es sei denn, die verspätete Geltendmachung müsse als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden[17].

Darf nun, wenn der Versicherer sein Leistungsverweigerungsrecht geltend macht, sein Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht aber nicht ausübt, angenommen werden, er verzichte dadurch stillschweigend auf sein Vertragsauflösungsrecht?

Diese Frage ist einfach zu beantworten, wenn von den allgemeinen Grundsätzen ausgegangen wird. Die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung ist entweder im Augenblick der Leistungsverweigerung gegeben oder überhaupt nicht vorhanden. Das Zuwarten mit der Vertragsauflösung spielt im übrigen nur bei Rücktritt eine Rolle, da dieser rückwirkend ist und somit dem VN oder At die Gefahr droht, dass der Versicherer auch für später eingetretene Versicherungsfälle seine Leistung ablehnen könnte. Macht der Versicherer sein Vertragsauflösungsrecht nicht unmittelbar mit der Leistungsfreiheit geltend, so liegt ein Verzicht darauf vor[18].

[14] Möller N 20 zu § 6 und N 18–39 zu § 8.
[15] Vgl. S. 73.
[16] Die vertragliche Vereinbarung einer Kündigung mit angemessener Kündigungsfrist wäre damit nicht ausgeschlossen, denn hier könnte sich der VN anderweitig nach einem Vertragspartner umsehen.
[17] Keller S. 577 und 586; Gantenbein S. 102, 172, 187, 205 und 212.
[18] So auch Gantenbein S. 187/188.

2. Leistungsfreiheit des Versicherers

Leistungsfreiheit bedeutet, «dass die Verpflichtung des Schuldners, die vertragsgemässe Leistung zu erbringen, aufgehoben wird, ohne dass dadurch der Bestand des Schuldverhältnisses berührt wird»[19]. Im Gesetz selber ist dieser Begriff nicht vorhanden; vielmehr ist die Leistungsfreiheit eine aus der Umschreibung «an den Vertrag nicht gebunden» hervorgehende Rechtsfolge; einzig in Art. 39/2 Ziff. 2 wird im Zusammenhang mit einer Obliegenheitsverletzung ausgeführt, dass der At seines Versicherungsanspruches verlustig gehen könne.

In diesem Zusammenhang stehen zwei Problemkreise im Vordergrund: einerseits die Frage, wann von Leistungsfreiheit und wann von Verwirkung zu sprechen ist, anderseits ob diese vom Richter von Amtes wegen[20] oder bloss einredeweise[21] berücksichtigt werden.

Zur Beantwortung dieser Frage müssen die Tatbestände vor Eintritt des Versicherungsfalles und diejenigen nach Eintritt des Versicherungsfalles getrennt betrachtet werden.

a) Nach Eintritt des befürchteten Ereignisses

In diesem Fall ist der Versicherungsanspruch bereits entstanden, beim gedehnten Versicherungsfall zumindest zum Teil. Damit sich der Versicherer von den vertraglichen Bindungen vollständig lösen kann, muss er von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen. Bis zum Empfang der Kündigung bleibt der Versicherer für weitere Versicherungsfälle leistungspflichtig, so dass von einer Suspension im Sinne von Art. 20/3 VVG nicht gesprochen werden kann[22]. Gemäss der im Prozessrecht geltenden Dispositionsmaxime muss der Versicherer seine Leistungsfreiheit geltend machen. Müsste der Richter dies von Amtes wegen berücksichtigen, so würde damit dem Versicherer die sich zugunsten des VN auswirkende Freiheit genommen, sich nicht auf die Verwirkung zu berufen[23, 24]. Auch aus der Natur der Obliegenheit als Pflicht minderer Zwangsintensität muss geschlossen werden, dass es dem Versicherer überlassen sein muss, ob er die Verletzung

[19] Reimer Schmidt S. 264; vgl. auch Möller N 20 zu § 6.

[20] So Reimer Schmidt S. 265 (der sich im übrigen zu Unrecht auf Zingg beruft; denn bei der zitierten Stelle behandelt Zingg die Ausschlussklauseln und nicht Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzungen).

[21] So Ehrenzweig S. 174/175; Zingg S. 60/61.

[22] Ostertag (N 11 zu Art. 38) spricht von einer Suspension, meint aber wohl etwas anderes damit als die Suspension des Art. 20/3 VVG.

[23] Dies hätte merkwürdige Folgen; so müsste der Richter, wenn ein VN aus einem Motorfahrzeughaftpflichtversicherungsvertrag regressweise wegen grober Fahrlässigkeit in Anspruch genommen wird, immer berücksichtigen, dass zusätzlich noch verbotenerweise eine Schuldanerkennung ausgestellt worden ist und deshalb voller Regress zu gewähren sei (was ja prozessual gesehen in Anbetracht der gestellten Rechtsbegehren nicht möglich ist).

[24] Diese Freiheit dürfte für die Anhänger der Voraussetzungstheorie schwerlich zu bejahen sein.

geltend machen will oder nicht. Wohl ist die Obliegenheit rechtstheoretisch auf Art. 2/2 ZGB zurückzuführen, den der Richter von Amtes wegen zu berücksichtigen hat; doch hat sich die Obliegenheit gegenüber Art. 2/2 ZGB bereits derart verselbständigt, dass die mit diesem Artikel verbundenen Besonderheiten nicht mehr uneingeschränkt anwendbar sind. Im übrigen ist diese Regelung auch verständlich, wenn berücksichtigt wird, dass die betrügerische Obliegenheitsverletzung, die vor allem die Leistungsfreiheit mit sich bringt, ein Verstoss gegen eine spezial- und generalpräventive Norm darstellt, und es deshalb dem Versicherer anheimgestellt bleiben soll, ob er die Folgen eintreten lassen will oder nicht.

Faktisch gesehen verschlechtert erst die Berufung auf die Obliegenheitsverletzung den Versicherungsanspruch. Dies ist aber juristisch ungenau; denn bereits mit der Obliegenheitsverletzung wird der Versicherungsanspruch tangiert, wobei die eingetretene Verschlechterung aber nicht von Amtes wegen zu beachten ist, sondern erst auf Berufung des Versicherers[25].

Es handelt sich demnach beim Leistungsverweigerungsrecht des Versicherers um ein mittels Einrede geltend zu machendes Recht[26].

b) Vor Eintritt des befürchteten Ereignisses

Zu beachten ist, dass hier der Versicherungsanspruch noch nicht entstanden ist, ja überhaupt nicht entstehen kann, wenn eine Gefahrserhöhung gemäss Art. 30 nicht ohne Verzug dem Versicherer mitgeteilt wird. Denn der Versicherer ist diesfalls für die Folgezeit an den Vertrag nicht gebunden. Tritt in der Folge der Versicherungsfall ein, so macht der Versicherer nicht etwa eine Einrede gegen den gar nicht entstandenen Versicherungsanspruch geltend, sondern er stützt sich darauf, dass ein derartiger Anspruch überhaupt nicht entstehen könne[27]. Man kann in diesem Zusammenhang nicht von Einrede sprechen, sondern höchstens von einem Einwand[28].

Im Gegensatz zu der nach Eintritt des Versicherungsfalles platzgreifenden Verwirkung ist die Leistungsfreiheit hier in einem andern Sinne zu verstehen, denn mit der Verletzung der Anzeigepflicht tritt generell eine Suspension[29] des Versicherungsvertrages in Kraft; der versicherungsrechtliche Rücktritt wird auf den Zeitpunkt der Anzeigepflichtverletzung zurückbezogen, im Gegensatz zur fristlosen Kündigung, die nur für die Zukunft gilt[30].

[25] So auch Ehrenzweig S. 174 bei N 8 und Möller N 20 und 44 zu § 6; vgl. die ähnliche Situation im Zusammenhang mit dem Kürzungsrecht des Versicherers, hinten S. 112 ff.

[26] Gl. M. Zingg S. 61; Gantenbein S. 184, 186, 203, 211; a. M. Reimer Schmidt S. 264.

[27] Ist hingegen jegliche Kausalität gemäss Art. 32 Z. 1 zu verneinen, so ist der Anspruch entstanden, ohne dass dem Versicherer ein Leistungsverweigerungsrecht zustünde.

[28] A. M. Zingg S. 48, 50, 51; Prozessual gesehen decken sich die Einrede und der Einwand, da beide die Abweisung der Klage bezwecken.

[29] Ostertag N 7 zu Art. 28; Zingg S. 48.

[30] Vgl. vorne S. 108.

c) Gefahrspräventive Obliegenheiten

Anderes gilt für die Verletzung gefahrspräventiver Obliegenheiten. Da sie nicht wie die Bestimmungen über die Gefahrserhöhung aus dem Clausula-Prinzip hervorgehen, sondern in einem engen Zusammenhang mit dem Versicherungsfall stehen[31], ist die Leistungsfreiheit, wie bei den nach dem Versicherungsfall zu erfüllenden Obliegenheiten, als Einrede geltendzumachen.

d) Leistungsfreiheit und Verwirkung

Der Begriff Leistungsfreiheit umfasst demzufolge zwei verschiedene Tatbestände: denjenigen, bei dem der bereits entstandene Versicherungsanspruch kraft einer vom Versicherer erhobenen Einrede untergeht – man verwendet hier oft den Begriff Verwirkung – und den, bei dem kraft besonderer Verhältnisse der Versicherungsanspruch gar nicht entsteht.

Könnte der Versicherer die Leistungsfreiheit uneingeschränkt geltend machen, so würde dies dem Postulat der möglichst umfassenden Sicherung widersprechen, das jedem Versicherungsvertrag immanent ist[31a]. Diese Feststellung deckt sich auch mit der rechtstheoretischen Herleitung der Obliegenheiten aus dem «venire contra factum proprium» und dem «unredlichen Rechtserwerb». Zumindest ist nicht einzusehen, warum eine folgenlose Verletzung einer unselbständigen Obliegenheit bereits zur Leistungsfreiheit des Versicherers führen soll.

3. Die Kürzung des Versicherungsanspruches

Art. 38/2 und 61/2 VVG sehen ein Kürzungsrecht des Versicherers vor und zwar wird die Entschädigung um den Betrag gekürzt, um den sie sich bei Erfüllung der Obliegenheiten gemindert hätte. Nach ROELLI[32] handelt es sich dabei um ein Recht auf Schadenersatz[33]. Diese Regelung wurde sowohl von der Gesamtexpertenkommission als auch vom Berichterstatter des Ständerats als angemessene Lösung betrachtet und die Kürzung der Entschädigung unabhängig von den verursachten Mehrkosten als unbillige Lösung angesehen[34]. Auf die rechtliche Natur dieser Kürzungsrechtes ging man gar nicht ein.

Unseres Erachtens handelt es sich bei dieser Kürzung nicht um einen verrechnungsweise geltendgemachten Schadenersatz. Dem VN oder At wird vorgewor-

[31] Vgl. vorne S. 101 f.

[31a] HAINARD S. 57.

[32] ROELLI, Motive I, S. 96; vgl. auch StenBull *1905* 185 r. Sp. o.

[33] In den Motiven II, S. 74, spricht ROELLI allerdings nicht mehr von Schadenersatz, sondern von einem blossen Kürzungsrecht.

[34] Prot. Ges. EK S. 38 und Sten Bull *1905* 185 r. Sp. o.; deshalb neigen wir dazu, auch die von KOENIG (S. 133) aus Rechtssicherheitsgründen vorgeschlagene Kürzung in zum vornherein bestimmten Umfange abzulehnen. Der Kürzungsmassstab ist theoretisch nicht beliebig konstruierbar, wie HEDINGER (S. 67) meint.

fen, dass seine Rechtsausübung wegen Unredlichkeit des Rechtserwerbs unzulässig sei[35], so dass er aus eigenem vertrags- oder rechtswidrigen Verhalten keine oder bloss geminderte Ansprüche ableiten kann. Das heisst, der Versicherungsanspruch entsteht, juristisch betrachtet, nicht in vollem Umfange und wird dann gekürzt, sondern er entsteht überhaupt nur in ermässigtem Umfange[36]. Faktisch muss sich aber der Versicherer, wie wir das bereits bei der Leistungsfreiheit gesehen haben[37], auf diesen bloss in vermindertem Umfange entstandenen Versicherungsanspruch berufen. Spricht man deshalb in diesem Zusammenhang von Kürzung, so ist dies eine ungenaue Ausdrucksweise. Im Hinblick auf die praktische Handhabung ist zwar nicht ungeschickt, von einer Kürzung auszugehen, denn so oder so muss der Betrag festgestellt werden, um den sich die bei gehöriger Erfüllung der Obliegenheit zu erbringende Versicherungsleistung vermindert hätte.

Es darf aber nicht ausser acht gelassen werden, dass diese Regelung nur eine «Idealkonstruktion»[38] ist und deshalb nicht davon die Rede sein kann, die Obliegenheit besitze einen Geldwert[39].

Das Mass der Kürzung entspricht dem Betrag, um den der Versicherer geschädigt worden wäre[40], wenn er den vollen Betrag hätte bezahlen müssen. Die Kürzung hat somit «Schadenersatzfunktion»[41]. Wohlverstanden: nur Schadenersatzfunktion; es liegt nicht etwa ein Schadenersatzanspruch vor.

Dies geht schon aus allgemeinen Erwägungen hervor. Tritt das befürchtete Ereignis ein und liegt eine schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht (Art. 38 VVG) oder der Rettungspflicht vor, so ist es ungenau zu sagen, der Versicherungsanspruch sei vollumfänglich entstanden, es sei aber dem Versicherer ein Schaden verursacht worden, den dieser verrechnungsweise geltend machen könne. Denn weil dem Versicherer ein Kürzungsrecht zusteht, ist ihm ja gar kein Schaden entstanden[42]. Dass es sich nicht um einen eigentlichen Schadenersatzanspruch handelt, geht auch daraus hervor, dass – abgesehen von der Rechtsnatur der Obliegenheit i.e.S., die keinen Schadenersatzanspruch zulässt – der Kürzungsbetrag nie selbständig klagbar[43] und zudem umfangmässig durch die Höhe des Versiche-

[35] Vgl. vorne S. 46 und 47.
[36] Vgl. vorne S. 46 und 47; MERZ N 543 ff.
[37] Vorne S. 110 ff.
[38] MAYR S. 26.
[39] So KERN S. 87.
[40] HEDINGER S. 69; MAYR S. 25; KELLER S. 570 o.; ROELLI N 9 zu Art. 38 S. 469.
[41] HEDINGER S. 69.
[42] Die Belastung eines Vermögens mit Passiven ist bereits ein Schaden. Dies ist hier aber nicht gegeben, da dem Versicherer nur die um das Kürzungsrecht herabgesetzte Verpflichtung entstanden ist. Einzig in den Fällen, in denen der Versicherer kraft eines direkten Forderungsrechtes vom Geschädigten belangt werden kann, könnte von einem Schaden gesprochen werden.
[43] ROELLI N 9 zu Art. 38 S. 469; KELLER S. 569; SCHÖNENBERGER S. 188; HEDINGER S. 69.

rungsanspruches beschränkt sein soll[44]. Würde es sich um Schadenersatz handeln, so wären die erwähnten Einschränkungen damit nicht zu vereinbaren.

Wollte man die Schadenersatztheorie konsequent weiterverfolgen, so wäre nicht einzusehen, warum der Versicherer, der erst nach Entrichtung der Versicherungsleistung von einer Obliegenheitsverletzung Kenntnis erhält, das zuviel Bezahlte nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen könnte[45]. Die Rückforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung setzt gemäss Art. 62 ff. OR voraus, dass ohne jeden gültigen, aus einem nachträglich weggefallenen oder nicht verwirklichten Grunde eine Zuwendung gemacht wurde. Da keiner dieser Gründe gegeben ist, könnte einem Rückforderungsbegehren nur als Schadenersatzklage stattgegeben werden[46]. Hingegen ist die Bereicherungsklage dann anzuwenden, wenn angenommen wird – was mit dem Gesetz und der Rechtsnatur der Obliegenheiten i. e. S. übereinstimmt –, dass der Versicherungsanspruch nur in gekürztem Umfang entsteht. Denn dann liegt die Bezahlung einer Nichtschuld vor, so dass das Geleistete wegen Irrtum zurückgefordert werden kann[47].

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass das Kürzungsrecht dem Versicherer insofern Schutz gewährt, als er eine infolge schuldhaften Verhaltens des VN oder At höhere Versicherungsleistung nicht vollumfänglich erbringen muss[48]. Mit andern Worten: eine subjektiv vermeidbare Vergrösserung der Auswirkungen eines Versicherungsfalles geht nicht zu Lasten des Versicherers, wenn dieser sich auf sein Kürzungsrecht beruft.

4. Der Aufschub der Fälligkeit

Gemäss Art. 41 VVG wird die Forderung aus dem Versicherungsvertrag mit dem Ablauf von vier Wochen von dem Zeitpunkte an gerechnet fällig, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, anhand derer er sich von der Richtigkeit des Anspruches überzeugen konnte. Unter anderem[49] tritt die Fälligkeit dann nicht ein, wenn der VN oder At seinen Obliegenheiten zur Anspruchsbegründung nicht nachgekommen ist. Im Gegensatz zu den besonderen Rechtsfolgen der Art. 38–40 VVG wird hier kein Verschulden vorausgesetzt[50].

[44] Hedinger S. 69 N 49; Jaeger N 32 zu Art. 61; Roelli N 9 zu Art. 38 S. 469 hält dies zwar nicht ausdrücklich fest, doch muss aus seinen Ausführungen bezüglich selbständig klagbarer Forderungen darauf geschlossen werden; Frank S. 77.

[45] Jaeger N 33 zu Art. 62.

[46] So konsequenterweise Zingg S. 59/60.

[47] Auch Hedinger (S. 69 N 49) setzt die Kausalitätskürzung dem Schadenersatz nicht gleich.

[48] Keller S. 570 o.

[49] Siehe Keller S. 566.

[50] Keller S. 566.

5. Versicherungstechnische Korrektur

Bei den Lebensversicherungsverträgen ist an die durch unrichtige Altersangabe verletzte Deklarationspflicht eine besondere Rechtsfolge geknüpft: es findet gemäss Art. 75 VVG bloss eine Korrektur der gegenseitigen Leistungen statt.

6. Schadenersatz als indirekte Folge einer Obliegenheitsverletzung

Verschiedentlich ist ausgeführt worden, dass die Verletzung von Obliegenheiten i.e.S. als Pflichten minderer Intensität keinen Schadenersatzanspruch zur Folge haben könne[51]. Unter Umständen kann aber der Versicherer als indirekte Folge einer Obliegenheitsverletzung einen Schadenersatzanspruch geltend machen.

a) Als Folge einer Vertragsauflösung

Tritt zufolge Obliegenheitsverletzung der Versicherer vom Vertrag zurück oder kündigt er diesen, so bietet ihm Art. 25 VVG die Handhabe dafür, die Prämie für die zur Zeit der Vertragsauflösung laufende Versicherungsperiode zu beanspruchen. Daneben kann der Versicherer gemäss Art. 27 von derjenigen Partei, die die einseitige Auflösung des Vertrages verschuldet hat, Schadenersatz verlangen. Nicht die Obliegenheitsverletzung als solche gibt dem Versicherer das Recht, den Vertrag aufzulösen, sondern die Art und Weise der Verletzung. Demnach genügt nicht jede Obliegenheitsverletzung, um einen Vertrag einseitig auflösen zu können, sondern nur diejenige, die es dem Versicherer unzumutbar macht, den Vertrag länger aufrechtzuerhalten[52].

Die Schadenersatzpflicht ist nicht etwa Folge der Obliegenheitsverletzung, sondern Folge der einseitigen Vertragsauflösung[53], denn der Schaden entsteht dem Versicherer aus der Auflösung des Vertrages und ist deshalb beschränkt auf die Fälle einer Vertragsauflösung[54].

Auf diese Schadenersatzpflicht und ihr Verhältnis zum Prämienverfall ist hier nicht weiter einzutreten[55].

b) Ohne Auflösung des Vertrages

Verletzt der Belastete in betrügerischer Weise eine Obliegenheit, löst der Versicherer aber den Vertrag nicht auf, so kann er, gestützt darauf, dass der VN oder

[51] Vgl. vorne S. 45, 48, 66 und 112 ff.
[52] Vgl. vorne S. 66, 73 und 86 f.
[53] Was auch aus der Gliederung der Marginalien zu Art. 25, 26 und 27 VVG hervorgeht.
[54] A. M. Kern S. 83 bei N 21.
[55] Vgl. die interessante Entstehung dieser Artikel in Motive II, S. 26; Botschaft S. 60; StenBull *1905* 177 ff.; StenBull Nr. *1907* 462; Gutachten Roelli zu Art. 27 Abs. 2, Zürich, 15. Juni 1906.

At eine unerlaubte Handlung begangen hat, indem er das Recht auf Unterlassung täuschenden Verhaltens verletzte, Schadenersatz verlangen[56]. Diesem Recht entspricht die aus ZGB 2 hervorgehende Pflicht, derartige Handlungen zu unterlassen; es handelt sich dabei um eine selbständige Nebenpflicht, deren Verletzung zu Schadenersatz führen kann. Es ist aber nicht etwa so, dass die Obliegenheit i. e. S., die in betrügerischer Art und Weise verletzt wird, sich in eine selbständige Nebenpflicht wandelt; denn nicht die Art der Verletzung bestimmt die Rechtsnatur der Obliegenheit. Vielmehr wird durch diese betrügerische Obliegenheitsverletzung unabhängig davon die bestehende selbständige Nebenpflicht auf Unterlassung einer täuschenden Handlung verletzt, was eine Schadenersatzpflicht zur Folge hat. Verletzt der VN diese selbständige Nebenpflicht, so liegt darin sowohl eine Vertragsverletzung als auch eine unerlaubte Handlung. Der nicht mit dem VN identische At hingegen wird nur aus unerlaubter Handlung schadenersatzpflichtig.

II. Die Rechtsfolgen verschiedener Spezialerlasse

1. Verordnung über Haftpflicht und Versicherung im Strassenverkehr vom 20. November 1959

a) Obligatorische Unfallversicherung für Motorradfahrer

Gestützt auf Art. 78 SVG erliess der Bundesrat die näheren Bestimmungen über die obligatorische Unfallversicherung für Motorradfahrer. Eine Regelung der Obliegenheiten und der Rechtsfolgen enthält Art. 58. Dieser lautet:

Einreden, Rückgriff. [1] Einreden des Versicherers aus dem Versicherungsvertrag oder dem BG über den Versicherungsvertrag sind hinsichtlich der in Art. 57 vorgesehenen Mindestleitungen unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen ausgeschlossen.

[2] Ist der Unfall vom Verunfallten oder vom Anspruchsberechtigten absichtlich verursacht worden, so haftet ihm der Versicherer nicht. Hat der Verunfallte oder der Anspruchsberechtigte den Unfall grobfahrlässig herbeigeführt, so wird sein Anspruch angemessen gekürzt.

[3] Hat der Verunfallte oder der Anspruchsberechtigte die Stellung des Versicherers schuldhaft erschwert durch

a) Erhöhung der versicherten Gefahr,
b) Vernachlässigung der Abklärung des Unfalles oder der Feststellung seiner Folgen,
c) Behinderung der Heilung, so kann die Versicherungsleistung angemessen gekürzt werden.

[4] Der Versicherer hat für Leistungen an Dritte in angemessenem Umfang den Rückgriff auf den Versicherungsnehmer, wenn dieser

a) den Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt,
b) die Stellung des Versicherers im Sinne von Abs. 3 erschwert hat.

[56] Vgl. vorne S. 89/90 und KELLER S. 578 und 587.

Für die Verletzung von Obliegenheiten, die in Abs. 3 lit. *b* und *c* festgehalten werden, darf der Versicherer nur eine angemessene Kürzung geltend machen.

Eine nähere Umschreibung, was unter einer «angemessenen Kürzung» verstanden werden soll, findet sich nicht, so dass sich m. E. die Kürzung im Rahmen des Kausalitätsgradprinzipes bewegen muss. Diese Regelung wurde damit begründet, dass sonst der vom Gesetz gewollte Zweck wegen Fehlverhaltens der Parteien unter Umständen nicht erreicht werden könne[57].

b) Ausländische Fahrzeuge, Strolchenfahrten, unbekannte und nichtversicherte Schädiger

Die Meldepflicht desjenigen, der durch ein ausländisches Fahrzeug oder der bei einem durch einen Strolchenfahrer, einem unbekannten bzw. nichtversicherten Schädiger verursachten Unfall geschädigt wird, ist eine Obliegenheit[58].

Die einschlägigen Artikel der VVV lauten:

Art. 42. *Pflichten des Geschädigten.* [1] Wer durch ein ausländisches Motorfahrzeug geschädigt wird, hat den Schadenfall unverzüglich der zur Deckung verpflichteten Gesellschaft zu melden und nach Möglichkeit die zur Ermittlung des Schädigers und der haftpflichtigen Personen notwendigen Angaben zu machen. Wer die Meldepflicht schuldhaft verletzt, hat den Schaden zu tragen, den die zur Deckung verpflichtete Gesellschaft dadurch erleidet.

Art. 52. [5] Wer diese Schadendeckung beanspruchen will, hat den Schadenfall unverzüglich der geschäftsführenden Gesellschaft zu melden und nach Möglichkeit die zur Ermittlung des Schädigers und der haftpflichtigen Personen notwendigen Angaben zu machen. Wird die Meldepflicht schuldhaft verletzt, so kann die Entschädigung angemessen gekürzt werden.

Interessant ist die – zumindest formell – unterschiedliche Regelung der Rechtsfolgen. Materiell ergeben sich dann keine Unterschiede, wenn bei der «angemessenen Kürzung» das Kausalitätsgradprinzip angewendet wird.

2. Verordnung über Seeschiffahrt und Mustervertrag für die Versicherung von Schiffsbesatzungen in der Seeschiffahrt

Gemäss Art. 42 der VVO vom 20. November 1956 zum Bundesgesetz vom 23. September 1953 über die Seeschiffahrt unter Schweizerflagge muss der Bundesrat die Mindestleistungen und weitere Bestimmungen, die der Versicherungsvertrag – es handelt sich um eine Versicherung gegen Krankheit und Berufsunfälle – zu enthalten hat, in einem Mustervertrag festsetzen.

[57] Antrag des EJPD an den Bundesrat betr. VVV vom 16. November 1959; vgl. auch PFISTER SZS *1960* 292/293.

[58] Vgl. dazu dVVG § 158 d und MÖLLER N 8 zu § 6.

Dieser Mustervertrag[59] enthält in den Art. 10, 11 und 12 Bestimmungen über Obliegenheiten im Schadenfall. Rechtsfolgeregelungen finden sich im Zusammenhang mit der Unterlassung der Auskunftspflicht bzw. der Auskunftsverweigerung, wobei die Regelung des Art. 39 Abs. 2 Ziff. 2 VVG übernommen wurde[60].

Auch folgende Klausel enthält eine Rechtsfolgeregelung: «Wenn die Hinterbliebenen die von der Gesellschaft gewünschte Sektion der Leiche oder die Beiziehung eines Vertrauensarztes verweigern oder verhindern, kann die Gesellschaft die Leistungspflicht ablehnen, sofern nach ärztlichem Ermessen neben dem Unfall noch andere Todesursachen oder die Mitwirkung von Krankheiten oder Gebrechen in Betracht kommen[61].» Die Gesellschaft kann demnach nicht in jedem Fall eine Sektion oder den Beizug eines Vertrauensarztes verlangen, sondern nur dann, wenn nach ärztlichem Ermessen noch andere Ursachen für den Tod möglich sind oder Krankheiten oder Gebrechen mitgewirkt haben können. Ausdrücklich ist damit festgehalten, dass nur dann eine Rechtsfolge eintreten kann, wenn Gründe vorliegen, die es als möglich erscheinen lassen, dass die Leistung des Versicherers unter Umständen zu hoch ausfallen bzw. überhaupt wegfallen könnte[62].

Die Verletzung dieser Obliegenheit wirkt sich unmittelbar auf die Regulierung aus, so dass die erforderliche Kausalität der Obliegenheitsverletzung gegeben ist[63].

Da für die übrigen Obliegenheitsverletzungen keine Rechtsfolgen festgehalten worden sind, ist der Versicherungsvertrag massgebend, und wenn diesem nichts, auch nicht auf dem Wege der Auslegung zu entnehmen ist, kommt das VVG zur Anwendung.

[59] AS *1965* 1015 ff.; vgl. Hug SZS *1963* 32 ff.

[60] Art. 11 Satz 1 des Mustervertrages.

[61] Art. 10 Abs. 2 Satz 2 des Mustervertrages.

[62] Auch hier ist die Verknüpfung der Obliegenheit mit der Leistung des Versicherers ersichtlich.

[63] Vgl. dazu die vertragliche Regelung in den AVB für Einzelunfallversicherung, hinten S. 136. Obwohl die Regelung unter bb) keine ausdrückliche Bezugnahme auf die Umstände, die eine Sektion rechtfertigen, enthält, müssen diese gegeben sein; denn will der Versicherer ohne besondere Veranlassung eine Sektion durchführen und erteilen ihm die anspruchsberechtigten Hinterlassenen ihre Einwilligung nicht, so kann er sich nicht auf die Leistungsfreiheit berufen, da diese Klausel unter obgenannten Umständen vor dem Persönlichkeitsrecht der Hinterlassenen zurückzutreten hat, mithin widerrechtlich ist (vgl. auch hinten S. 146 ff.).

§ 13 Vertragliche Regelung der Rechtsfolgen

I. Rechtsnatur der vertraglich begründeten Obliegenheit

Der Unterschied zwischen Obliegenheit i. w. S. (echte Rechtspflicht) und Obliegenheit i. e. S. (Pflicht minderer Intensität) besteht darin, dass wohl beide teleologische Nötigungstatbestände sind, hingegen bei den Obliegenheiten i. w. S. der Berechtigte ein überwiegendes Interesse an der Erfüllung hat, währenddem bei den Obliegenheiten i. e. S. sowohl der Berechtigte als auch der Belastete ein Interesse an der Erfüllung haben. Diese gespaltene Interessenlage charakterisiert die Pflichten minderer Intensität[1]. Die gesetzlich vorgesehenen Obliegenheiten weisen fast alle die gespaltene Interessenlage auf[2]. Dies gilt auch für vertraglich begründete Obliegenheiten, ist doch jeweils mit einer Verletzung eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Belasteten verbunden, so dass dieser ein erhebliches Interesse daran hat, die Obliegenheit zu erfüllen. Ausnahmsweise kann nun das Interesse des Versicherers derart überwiegen, dass nicht mehr von einer gespaltenen Interessenlage die Rede sein kann; dann liegt eine echte Rechtspflicht vor[3]. Trotzdem sind die Unterschiede zu den Obliegenheiten i. e. S. gering, weil die Erfüllung einer unselbständigen[4], echten Nebenpflicht nicht erzwungen werden kann und zudem eine Verletzung sich nur dann auswirkt, wenn es zu einer Leistungsstörung im ganzen kommt[5].

II. Fehlende Regelung einer Verletzungsfolge

Fehlt die ausdrückliche Aufführung der Verletzungsfolge für die vertraglich vereinbarten Obliegenheiten, so ist streitig, ob auf dem Wege der Auslegung eine Verletzungsfolge als vereinbart angenommen werden darf. Selbst unter den Anhängern der Voraussetzungstheorie gehen die Meinungen auseinander; so meint BRUCK[6], dass selbst dann der Verlust des Anspruches anzunehmen sei, wenn vertraglich keine Verwirkungsrechtsfolge vereinbart worden wäre, währenddem

[1] Vgl. vorne S. 47.
[2] Vgl. vorne S. 47 bei N 60
[3] Vgl. vorne S. 47 bei N 61.
[4] Vgl. vorne S. 29 f.
[5] Vgl. vorne S. 29 bei N 37 und S. 32.
[6] BRUCK zit. in REIMER SCHMIDT S. 269.

MÖLLER[7] gerade gegenteilig argumentiert und bei Fehlen einer Rechtsfolge von einer «sanktionslosen Obliegenheit» spricht und deshalb folgert, dass eine derartige «Obliegenheit» ein nullum sei. Abschwächend lässt er aber zu, dass unter Umständen interpretationsweise eine Verletzungsrechtsfolge festgestellt werden könne.[8]

Die Vertreter der Verbindlichkeitstheorie können sich auf die allgemeinen Bestimmungen des OR stützen und so einen Schadenersatzanspruch wegen nicht gehöriger Erfüllung des Vertrages ableiten[9].

REIMER SCHMIDT[10] verficht als Begründer der Theorie von den Pflichten minderer Intensität die Meinung, dass dort, wo vertraglich keine Rechtsfolgeregelung getroffen wurde, der allgemeine Rechtsgedanke eines verbotenen venire contra factum proprium dem VN den Weg zum Versicherungsanspruch versperre. Wörtlich führt er aus[11]: «Zwar wäre eine anteilige Minderung des Versicherungsanspruchs (Durchbrechung des Alles-oder-nichts-Prinzips) die billigste Lösung. Da der Gesetzgeber indessen mit § 6 die Rechtsfolgen der Verletzung (vertraglicher) Obliegenheiten typologisch und institutionell geprägt hat, muss sich auch in diesem Fall die ‚Verwirkungsrechtsfolge' in den Rahmen jener Bestimmung passen.» Ob diese Ansicht für das deutsche Recht zutreffen mag, sei dahingestellt. Im schweizerischen Recht ist jedenfalls kein Artikel vorhanden, der die Rechtsfolgen typologisch prägen könnte, so dass wir von den allgemeinen rechtstheoretischen Überlegungen ausgehen können, dass dort, wo bloss ein «unredlicher Rechtserwerb»[12] und nicht das umfassende «venire contra factum proprium» vorliegt, der Anspruch nur in dem Umfange entsteht, als er sich nicht auf den «unredlichen Rechtserwerb» stützt. Für das schweizerische Recht ist demnach die Kürzung[13] als anteilige Minderung des Versicherungsanspruches die auf dem Wege der Auslegung zu gewinnende Rechtsfolge, was im übrigen auch mit dem Grundgedanken von Roelli übereinstimmt, dass die Verletzung einer Obliegenheit mit einer auf Grund des Verhältnismässigkeitsprinzipes bestimmten Rechtsfolge sanktioniert werden solle[14].

[7] MÖLLER N 10 und 17 zu § 6.
[8] MÖLLER N 17 zu § 6.
[9] Vgl. KERN 83 ff.
[10] REIMER SCHMIDT S. 270.
[11] REIMER SCHMIDT ebenda.
[12] Vorne S. 46/47.
[13] Vorne S. 112 ff.
[14] Vorne S. 95 f.

III. Mögliche Rechtsfolgen

In den Grenzen der Vertragsfreiheit können die Parteien die Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzungen vereinbaren. Bereits aus rechtstheoretischen Überlegungen muss aber eine erhebliche Einschränkung der möglichen Rechtsfolgen angenommen werden. Die herrschende Lehre, die der Obliegenheit ja Verbindlichkeitscharakter zuerkennt, weist unbelastet von den vorne aufgezeigten Unterschieden, einen reichen Katalog von möglichen Rechtsfolgen auf: Dahinfallen des Vertrages, Suspension der Leistungspflicht, Konventionalstrafe, Rücktritt vom Vertrag, Leistungsfreiheit, Kündigung, Aufschub der Fälligkeit, Kürzung der Leistung, höhere Prämie[15].

Die Konventionalstrafe, auf die des öfteren verwiesen wird[16], findet sich bei den Verträgen, denen AVB zugrunde liegen, überhaupt nicht und ist auch in der Versicherungspraxis so gut wie unbekannt. Interessant ist, dass in Deutschland die Aufsichtsbehörde die Vereinbarung von Konventionalstrafen durchwegs verhindert[17], so dass diese eine bloss theoretisch mögliche Rechtsfolge darstellt.

In der Folge seien nun die AVB verschiedener Versicherer hinsichtlich Rechtsfolgeregelung untersucht.

§ 14 Die Rechtsfolgeregelung in den AVB verschiedener Versicherungsgesellschaften

Verfolgt man die Urteile deutscher Gerichte bezüglich Obliegenheitsverletzungen, so ist man erstaunt ob der grossen Anzahl von Entscheidungen[1]. Noch erstaunlicher ist aber vielfach die Härte, mit der die Versicherungsgesellschaften gegen die fehlbaren Obliegenheitsbelasteten vorgehen[2].

Die schweizerischen Gerichte müssen sich eher selten mit Obliegenheitsverletzungen befassen, was nicht unbedingt auf eine für den Obliegenheitsbelasteten günstig lautende Abfassung der AVB schliessen lässt, sondern für eine kulante Schadenerledigung durch die Versicherungsgesellschaft spricht.

«In den AVB, die von wachsender Geschäftserfahrung, Konkurrenzrücksichten und oft echter Kulanz gemodelt werden, sind die Keime von zukünftigen

[15] Keller S. 573 und 638; Grob S. 27; Diener S. 87.

[16] StenBull *1905* 179; Roelli N 3 zu Art. 29 S. 355; Kern S. 93; Gantenbein S. 31.

[17] Möller N 23 zu § 6; Klingmüller, Landesreferat Deutschland, Weltkongress S. 78.

[1] Vgl. die Übersicht über die Rechtsprechung auf dem Gebiete des Privatversicherungsrechts in ZVersWiss *1969* 535–560; *1968* S. 395–420, 435 Nrn. 466 und 467; *1967* S. 352–371, 390 Nrn. 394 und 395, S. 391 Nr. 398.

[2] So wurde vom BGH in einem Entscheid vom 10. Juli 1961 (in ZfV *1962* 346) der vollumfängliche Regress auf einen Kraftfahrer gutgeheissen, der auf dem Wege zur Trauung einen Unfall verursachte und nach einem kurzen Wortwechsel mit dem Beteiligten sein Fahrzeug an den rechten Strassenrand manövrierte, ohne die genaue Stellung der Fahrzeuge festzuhalten.

Rechtsregeln vorhanden, denen die systematische Durchführung im Gesetz allgemeine Geltung und damit volles Leben geben kann und wird.» Diese von MAYR[3] stammende Hymne an das schweizerische Versicherungswesen verliert an Einklang, wenn man die AVB verschiedener Gesellschaften näher untersucht. Es ergeben sich nicht nur Unterschiede zwischen den einzelnen Gesellschaften, sondern auch innerhalb einer Gesellschaft variieren oft unbegründetermassen von einer Versicherungsart zur andern die Bestimmungen bezüglich Obliegenheitsverletzungen. Oft ist auch eine eigentliche Entwicklung der Rechtsfolgeregelung gar nicht festzustellen; vielfach kann sogar von einer rückläufigen Tendenz gesprochen werden[4].

Eines sei aber bereits vorweggenommen. Der Katalog möglicher Rechtsfolgen, den die herrschende Lehre aufstellte, wurde nicht ausgeschöpft. Grundsätzlich beschränken sich die Gesellschaften auf die Leistungsfreiheit, wobei aber Unterschiede in den Voraussetzungen bestehen; anzutreffen sind aber auch Bestimmungen, die in Anwendung des Kausalitätsgradprinzipes ein blosses Kürzungsrecht festhalten. Der im Gesetz verbreitete Ausdruck «an den Vertrag nicht gebunden» findet sich im Zusammenhang mit gefahrspräventiven und nach Eintritt des befürchteten Ereignisses zu erfüllenden Obliegenheiten überhaupt nicht mehr. Daneben sind Besonderheiten für die Anzeigepflichtverletzung bei Gefahrserhöhung vorhanden[5].

Liegt darin etwa eine Bestätigung der vorne rechtstheoretisch entwickelten Rechtsfolgen?

Dies soll anhand der Versicherungsbedingungen verschiedener schweizerischer Gesellschaften untersucht werden. Um ein einigermassen umfassendes Bild zu erhalten, müssen die wichtigeren Versicherungszweige beigezogen werden; auf Spezialverträge kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden[6].

In Anbetracht der Vielzahl von in der Schweiz tätigen Versicherungsgesellschaften wurde nach bestimmten Gesichtspunkten eine Auswahl getroffen, die als stellvertretend für die ganze Assekuranz betrachtet werden darf. Untersucht wurden die Bedingungen folgender Gesellschaften[7]: Berner Allgemeine, Erste Allgemeine, Helvetia-Feuer, Helvetia-Unfall, La Suisse, Waadt, Württembergische und Badische, Zürich.

[3] MAYR S. 58; vgl. auch die gegenteilige Meinung von MINNIER S. 4.
[4] Vgl. S. 129 bei N 35 und S. 139 bei N 66.
[5] Vgl. hinten S. 140 ff.
[6] Des weiteren sei vor einem Trugschluss gewarnt. Die Rechtsfolgeregelung, so wie sie sich gemäss den AVB präsentiert, muss nicht unbedingt zugleich auch mit der von der betreffenden Gesellschaft verfolgten Praxis übereinstimmen.
[7] In alphabetischer Reihenfolge.

I. Anzeige einer Gefahrserhöhung

Das VVG unterscheidet in Art. 28 und 30 zwischen der Gefahrserhöhung mit Zutun und derjenigen ohne Zutun des VN. Diese Unterscheidung lässt sich nicht aus dem Wesen dieses Institutes erklären, sondern ist – wie auch die Einführung des Verschuldenserfordernisses – als Billigkeitslösung zu betrachten[8].

Da es sich aber um bloss relativ zwingende Bestimmungen handelt, steht es dem Versicherer frei, die Unterscheidung Gefahrserhöhung mit und ohne Zutun fallenzulassen und bloss an die Unterlassung der Anzeige einer Gefahrserhöhung Rechtsfolgen zu knüpfen[9].

1. Sachversicherung

a) Die AVB der Feuerversicherungsgesellschaften verbinden schon seit längerer Zeit[10] nur noch die Nichtanzeige einer Gefahrserhöhung mit bestimmten Rechtsfolgen. Dieser Artikel lautet:

Jede Änderung einer für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsache, deren Umfang die Parteien bei Vertragsabschluss festgestellt haben, ist der Gesellschaft sofort schriftlich anzuzeigen.

Bei Gefahrerhöhung kann die Gesellschaft für den Rest der Vertragsdauer die entsprechende Prämienerhöhung vornehmen oder den Vertrag binnen 14 Tagen nach Empfang der Anzeige auf vier Wochen kündigen. Das gleiche Kündigungsrecht steht dem Versicherungsnehmer zu, wenn über die Prämienerhöhung keine Einigung erzielt wird. In beiden Fällen hat die Gesellschaft Anspruch auf die tarifmässige Prämienerhöhung vom Zeitpunkt der Gefahrerhöhung an bis zum Erlöschen des Vertrages[11].

Interessant ist, die Entwicklung der Rechtsfolgeregelung zu verfolgen.

Ausgabe 1946 und 1953. Die Entschädigung kann entsprechend herabgesetzt werden, wenn der Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigte schuldhafterweise vertragliche Anzeigepflichten oder Sicherheitsvorschriften verletzt hat und die Verletzung auf den Eintritt oder den Umfang des Schadens von Einfluss gewesen ist.

Ausgabe 1958. Bei schuldhafter Verletzung vereinbarter Obliegenheiten kann die Entschädigung in dem Ausmasse herabgesetzt werden, als Eintritt oder Umfang des Schadens dadurch beeinflusst wurden.

[8] Werber S. 18 und vorne S. 100 bei N 8.

[9] Koenig S. 194; vgl. aber Roelli N 7 zu Art. 28 S. 348/349.

[10] Vgl. schon Mayr S. 60/61; Koenig N 2 S. 194; diese Formulierung ist bereits in den AVB von 1946 vorhanden.

[11] Fraglich ist, inwieweit die Bestimmung, dass der Versicherer vom Zeitpunkt der Gefahrserhöhung an bis zum Erlöschen des Vertrages Anspruch auf die tarifmässige Prämienerhöhung haben soll, für den Fall einer Gefahrserhöhung ohne Zutun des VN rechtsgültig ist. Denn nach Art. 30 VVG werden Rechtsfolgen nur an die Unterlassung geknüpft, so dass die Prämienerhöhung ab Gefahrserhöhung zuungunsten des VN lautet; nach Gesetz (VVG 30) müsste der Versicherer für allfällige Versicherungsfälle trotz der Gefahrserhöhung bis zum Zeitpunkt, da der VN von der Gefahrserhöhung Kenntnis hat, ohne Anspruch auf Prämienerhöhung aufkommen.

Ausgabe 1965. Bei schuldhafter Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Sicherheitsvorschriften oder anderer Obliegenheiten kann die Entschädigung in dem Ausmasse herabgesetzt werden, als Eintritt oder Umfang des Schadens dadurch beeinflusst wurden.

Ausgabe 1970. Bei schuldhafter Verletzung von Sorgfaltspflichten, von vertraglichen oder gesetzlichen Sicherheitsvorschriften oder von anderen Obliegenheiten, bei einer Gefahrerhöhung, die schuldhaft nicht angezeigt worden ist, kann die Entschädigung in dem Ausmasse herabgesetzt werden, als Eintritt oder Umfang des Schadens dadurch beeinflusst werden.

Die AVB 1970 enthalten ausdrücklich das Kürzungsrecht für den Fall, dass eine Gefahrserhöhung schuldhaft nicht angezeigt worden ist. Dies wurde als Neuerung betrachtet[12]. Doch muss m. E. das Kürzungsrecht auch bei den AVB 1965 gelten, ist doch dort davon die Rede, dass neben der Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Sicherheitsvorschriften auch die Verletzung «anderer Obliegenheiten» – worunter mangels ausdrücklicher, anderweitiger Regelung auch die Anzeigepflicht bei Gefahrserhöhung zu verstehen ist – ein Kürzungsrecht zur Folge haben soll. Ebenfalls bei Anwendung der AVB 1946, 53 und 58 kommt das Kürzungsrecht zur Anwendung. Dem könnte entgegengehalten werden, dass es sich ja zumindest bei der Anzeigepflicht im Falle einer Gefahrserhöhung ohne Zutun des VN bloss um eine Wiederholung der gesetzlichen Bestimmungen handle und deshalb gar keine vertraglich vereinbarte Obliegenheit gegeben sei. Diese Interpretationsweise hält aber nicht stich, denn dies hätte einen unvernünftigen Widerspruch zur Folge: bei einer Gefahrserhöhung mit Zutun gälte dann bloss das Kürzungsrecht, währenddem bei derjenigen ohne Zutun Leistungsfreiheit eintreten müsste.

b) In der Motorfahrzeug-Kasko- und -Teilkaskoversicherung findet sich eine abweichende Regelung, insofern überhaupt die Bedingungen auf die Gefahrserhöhung speziell eingehen. Die an die Unterlassung der Anzeige geknüpfte Rechtsfolge wird ausdrücklich aufgeführt:

Gefahrsveränderung. Ändert sich im Laufe der Versicherung eine im Antrag mitgeteilte erhebliche Tatsache und wird dadurch eine wesentliche Gefahrserhöhung herbeigeführt, so hat dies der Versicherungsnehmer der Gesellschaft ohne Verzug schriftlich mitzuteilen. Die Versicherung erstreckt sich dann auch auf eine solche Gefahrserhöhung, es sei denn, die Gesellschaft kündige den Vertrag innert 14 Tagen nach Empfang der Mitteilung.

Unterlässt der Versicherungsnehmer die Mitteilung über die Gefahrserhöhung, so ist die Gesellschaft nicht mehr an den Vertrag gebunden[13].

Diese Bestimmung findet sich auch bei den übrigen Gesellschaften[14] und lässt sich bis ins Jahr 1958 zurückverfolgen[15].

[12] Suter, Die neuen kombinierten Bedingungen für die Sachversicherung, SVZ *1970* 20.
[13] Zürich AVB 1969.
[14] So La Suisse 1970, Waadt 1970 (anstelle von «nicht mehr an den Vertrag gebunden» wird ausgeführt: «so fällt die Deckung gänzlich weg»), Berner Allgemeine 1969, Erste Allgemeine 1969.
[15] Vgl. z. B. Zürich AVB 1958 Art. 3.

Betrachtet man daneben die AVB für Motorfahrzeug-Teilkaskoversicherung von 1965, so sieht man, dass sie keine Regelung über die Gefahrserhöhung enthalten, so dass das VVG Anwendung findet[16].

c) Interessant sind die AVB des Schweizer Pools für Luftfahrtversicherungen von 1963. Danach ist der VN nicht nur gehalten, eine eingetretene Gefahrserhöhung mitzuteilen, sondern er muss, unter Androhung der Leistungsfreiheit im Unterlassungsfalle, sogar eine Gefahrsänderung anzeigen, wenn diese bloss geeignet ist, eine Gefahrserhöhung herbeizuführen.

Ändert sich während der Laufzeit der Versicherung eine im Antrag mitgeteilte Tatsache und ist die Änderung geeignet, eine Gefahrserhöhung herbeizuführen, so hat der Versicherungsnehmer dies der Gesellschaft ohne Verzug schriftlich mitzuteilen. Die Versicherung erstreckt sich alsdann auch auf eine solche Gefahrserhöhung, es sei denn, die Gesellschaft kündige den Vertrag innerhalb von 14 Tagen nach Empfang der Mitteilung.

Unterlässt der Versicherungsnehmer die Mitteilung, so ist die Gesellschaft nicht mehr an den Vertrag gebunden.

Diese Bestimmung hält angesichts der zwingenden Natur von Art. 28 ff. nicht stand. Rechtsfolgen dürfen nur mit der Gefahrserhöhung bzw. mit der Nichtanzeige der Gefahrserhöhung verbunden werden, nicht bereits mit der Nichtanzeige einer Tatsache, die bloss geeignet ist, eine Gefahrserhöhung herbeizuführen[17].

2. Unfallversicherung

a) Neben Bestimmungen über die Vorsorgeversicherung von bestimmten Sondergefahren enthalten die Einzelunfall-AVB vielfach eine vom Gesetz abweichende Regelung. Ausdrückliche Unterscheidungen zwischen Gefahrserhöhung mit oder ohne Zutun des VN finden sich heutzutage kaum mehr[18]. Aus den untersuchten AVB ergaben sich verschiedene Gruppen, auf die kurz einzugehen ist:

aa) Überhaupt keine besondere vertragliche Regelung ist in den AVB La Suisse 1969, Zürich 1969 und Berner Allgemeine 1970 getroffen worden; anwendbar sind somit die gesetzlichen Bestimmungen.

bb) Anknüpfungspunkt ist die Verletzung der Anzeigepflicht. Als Rechtsfolge ist die Leistungsfreiheit des Versicherers vorgesehen, verbunden mit dem Recht,

[16] Vgl. dagegen die AVB für Kaskoversicherung für Wassersportfahrzeuge der Berner Allgemeinen 1968 (Gefahrserhöhung nach VVG) und komb. Haftpflicht/Unfall/Kasko-Versicherung für Wasserfahrzeuge der La Suisse 1969 (vertragliche Regelung wie Motorfahrzeugkaskoversicherung).

[17] Diese Regelung kann sich auch nicht auf einen besonderen Artikel des Luftfahrzeuggesetzes vom 21. Dezember 1948 und der entsprechenden VVO vom 5. Juni 1950 abstützen.

[18] Bis etwa 1940 wurde noch ausdrücklich unterschieden; vgl. Berner Allgemeine Einzelunfall-AVB 1938.

Fraglich ist aber, ob bei verschiedenen AVB dieser Unterschied nicht interpretationsweise Bedeutung erlangt, da vielfach an die Gefahrserhöhung Rechtsfolgen geknüpft werden, ausser acht lassend, dass gemäss Art. 30 VVG halbzwingend nur mit der Anzeigepflichtverletzung Rechtsfolgen verbunden werden dürfen.

den Vertrag aufzulösen (Berner Allgemeine 1966; Helvetia-Unfall 1969 bezüglich Gesundheitszustandsveränderung[19], ebenso Zürich 1961 und Württembergische und Badische 1963).

cc) Beschränkt auf die Änderung der beruflichen Tätigkeit findet sich die Bestimmung, dass selbst, wenn eine Änderung der beruflichen Tätigkeit eine Gefahrserhöhung darstelle[20], der Vertrag fortbestehe. Aus dem Fehlen einer Rechtsfolgeregelung und aus der Tatsache, dass eine solche im gleichen Artikel[21] unter einer andern Litera aufgeführt wird, muss geschlossen werden, dass der Versicherer trotz Unterlassung der Anzeige kein Leistungsverweigerungsrecht beanspruchen darf[22].

dd) Eine besondere Regelung beinhaltet folgender Artikel der Zürich 1965:

Änderung der beruflichen Tätigkeit. Änderungen der deklarierten Tätigkeit sind der Gesellschaft schriftlich anzuzeigen.

Tritt ein Unfall ein, bevor die schriftliche Anzeige der Gesellschaft erstattet, eine neue Vereinbarung getroffen und eine allfällige Mehrprämie bezahlt worden ist, so leistet die Gesellschaft dennoch die volle Entschädigung, falls mit der Änderung eine wesentliche Gefahrserhöhung nicht verbunden war oder wenn bei eingetretener wesentlicher Gefahrserhöhung diese weder auf den Eintritt des Unfalls noch auf den Umfang der Leistungspflicht einen Einfluss ausgeübt hat. Andernfalls beträgt die Leistung der Gesellschaft die Hälfte derjenigen Entschädigung, zu der sie bei rechtzeitig erfolgter Anzeige und Zahlung der Mehrprämie verpflichtet gewesen wäre.

Danach gilt (u.a., das hier nicht interessiert), dass die Versicherungsleistung bloss um die Hälfte gekürzt wird, wenn die Anzeige der Gefahrserhöhung nicht rechtzeitig erfolgt[23]. Diese Regelung ist Vorstufe für diejenige von 1961[24]; um so erstaunlicher ist, dass in den AVB 1969 überhaupt auf eine Regelung verzichtet wurde[25].

[19] «*Gefahrsänderung*

a) *Berufliche Tätigkeit.* Die Änderung der im Antrag mitgeteilten beruflichen Tätigkeit ist ohne Einfluss auf den Fortbestand der Versicherung. Der Versicherungsnehmer ist jedoch verpflichtet, der Gesellschaft davon schriftlich Kenntnis zu geben und vom Zeitpunkt der Änderung an, sofern diese eine Gefahrserhöhung bedeutet, die ihr entsprechende höhere Tarifprämie zu bezahlen.
Ergibt sich aus der Änderung eine Gefahrsverminderung, so reduziert die Gesellschaft von der schriftlichen Mitteilung des Versicherungsnehmers an die Prämie entsprechend.

b) *Gesundheitszustand.* Wird der Versicherte im Laufe der Versicherung von einem schweren Gebrechen oder einer schweren Krankheit betroffen, so hat er dies der Gesellschaft unverzüglich schriftlich anzuzeigen. Daraufhin kann die Gesellschaft den Vertrag auf 14 Tage kündigen. Macht sie davon innert 14 Tagen seit Empfang der Anzeige keinen Gebrauch, bleibt die Versicherung zu den bisherigen Bedingungen in Kraft. Unterlässt der Versicherungsnehmer die rechtzeitige Mitteilung, so ist die Gesellschaft für die Folgezeit an den Vertrag nicht mehr gebunden.»

[20] Siehe N 19.

[21] Siehe N 19.

[22] Helvetia-Unfall 1969, Zürich 1961, Württembergische 1963.

[23] An eine blosse Gefahrsänderung dürfen ja keine Rechtsfolgen geknüpft werden.

[24] AVB Zürich 1961, vgl. vorne N 19.

[25] Vgl. vorne S. 125.

ee) Mit dem Gesetz nicht übereinstimmend ist folgender Artikel[26]:

[1] Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, der Waadt-Unfall jede wesentliche Gefahrserhöhung unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Die Gefahrserhöhung ist wesentlich, wenn sie eine der im Antrag enthaltenen Fragen über die Berufstätigkeit des Versicherten betrifft.

[2] Die wesentlich erhöhte Gefahr ist erst durch Vereinbarung mit der Waadt-Unfall oder dadurch versichert, dass diese darauf verzichtet, binnen vierzehn Tagen nach Eintreffen der Mitteilung über die Gefahrserhöhung den Rücktritt vom Vertrag zu erklären. Tritt die Waadt-Unfall zurück, so erlöschen ihre Verpflichtungen vierzehn Tage nach Zustellung der Rücktrittserklärung an den Versicherungsnehmer.

Danach soll die wesentlich erhöhte Gefahr erst durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung versichert sein, die Verpflichtungen trotzdem aber im Fall eines Rücktrittes erst vierzehn Tage nach Zustellung der Rücktrittserklärung erlöschen. Diese Regelung lässt ausser acht, dass Anknüpfungspunkt für den Eintritt von Rechtsfolgen bei der Gefahrserhöhung ohne Zutun des VN die Verletzung der Anzeigepflicht ist und nicht die Gefahrserhöhung als solche. Der Versicherer muss das erhöhte Risiko «mitschleppen»[27]; die wesentlich erhöhte Gefahr ist bis zum Zeitpunkt der Anzeigepflichtverletzung oder bis zur Auflösung des Vertrages, sofern die Anzeigepflicht erfüllt worden ist, mitversichert[28].

b) Die neueren AVB für Kollektivunfallversicherungen enthalten keine besonderen Bestimmungen über eine Gefahrserhöhung und die entsprechenden Anzeigepflichten. Anwendbar sind deshalb die gesetzlichen Bestimmungen des VVG.

3. Haftpflichtversicherung

a) In den AVB für Privathaftpflichtversicherung der erwähnten Gesellschaften finden sich grundsätzlich keine besonderen Bestimmungen über die Gefahrserhöhung. Einzig die Waadt[29] behält sich ein Kürzungsrecht für den Fall vor, dass ein Hundehalter ohne Mitteilung an die Gesellschaft die deklarierte Zahl von Hunden erhöht[30].

[26] Waadt 1969.
[27] Möller N 6 zu § 27.
[28] Vgl. Roelli N 3 zu Art. 30 S. 362; Zingg S. 51; Werber S. 68, 79 und 82.
[29] Familienversicherung (Unfall/Haftpflicht kombiniert) AVB 1969 Art. 34.
[30] Eine ähnliche Bestimmung findet sich noch in den AVB 1946 der Zürich:
«Soweit bei Gefahrsumständen die Einzahl zur Bedingung gemacht wird (ständiger Dienstbote, Hund, Fahrrad, Einfamilienhaus oder Wohnung und Paddel- oder Ruderboot), ist für den Einschluss einer Mehrzahl besondere Vereinbarung mit der Gesellschaft erforderlich. Wird dies unterlassen – oder die auf Grund einer Vereinbarung erhöhte Zahl überschritten – und stellt sich im Schadenfall, der mit der Gefahrsänderung im Zusammenhang steht, heraus, dass die wirkliche Zahl höher ist als die versicherte, so erfolgt die Ersatzleistung der Gesellschaft nach dem Verhältnis der letzteren Zahl zu der wirklichen.»
Vgl. dazu Keller S. 395 (Erhöhung des deklarierten Pferdebestandes).

b) Abweichend davon enthalten die AVB für Haushalthaftpflichtversicherung die Bestimmung, dass das Unterlassen der Anzeige einer Gefahrserhöhung zu Leistungsfreiheit und Vertragsauflösung führen soll[31].

c) Die der UDK angeschlossenen Versicherungsgesellschaften vereinheitlichten im Jahre 1967 die AVB für Betriebshaftpflichtversicherung. Da auch Aussenseiter dieser Regelung folgen, dürfte gesamtschweizerisch grundsätzliche Übereinstimmung vorliegen. Nach diesen Bedingungen ist die Gefahrserhöhung gedeckt, wenn der VN seiner Anzeigepflicht nachkommt, unterlässt er hingegen die Anzeige, ist der Versicherer «an den Vertrag nicht gebunden.»

d) Übereinstimmung besteht auch bei den AVB für Motorfahrzeughaftpflichtversicherung. Die Regelung stimmt mit derjenigen der AVB für Betriebshaftpflichtversicherung überein.

4. Landwirtschaftliche Unfall- und Haftpflichtversicherung

Dieser Versicherungszweig umfasst neben der Versicherung bestimmter im Landwirtschaftsbetrieb tätiger Personen gegen Unfall auch die Versicherung der Haftpflicht gegenüber dem Personal und gegenüber Drittpersonen. Abgesehen von kleineren Abweichungen in der Formulierung, stimmen sinngemäss die AVB der verschiedenen Gesellschaften in bezug auf eine Gefahrserhöhung überein. So lautet die Regelung in den AVB 1963 der La Suisse[32]:

Veränderung des Risikos. Die Änderung der im Antrag mitgeteilten Personenzahl ist ohne Einfluss auf den Fortbestand der Versicherung. Der Versicherungsnehmer ist jedoch verpflichtet, der Gesellschaft die Vermehrung der Personenzahl schriftlich anzuzeigen und vom Zeitpunkt der Änderung an die entsprechende Mehrprämie zu zahlen. Bei Verminderung der Personenzahl reduziert die Gesellschaft auf schriftliche Mitteilung hin ab nächstem Prämienverfall die Prämie entsprechend.

Werden in der Unfallversicherung (Kopfversicherung) die Versicherten nach ihrer Tätigkeit bezeichnet und stellt sich im Schadenfall heraus, dass die Anzahl der beschäftigten Personen grösser ist als die deklarierte, so ermässigen sich die Versicherungsleistungen im Verhältnis der deklarierten zur wirklichen Anzahl. Für die im Taglohn beschäftigten Personen erlischt die Versicherung, sobald innerhalb eines Versicherungsjahres die Zahl der tatsächlichen Arbeitstage die Zahl der deklarierten Arbeitstage übersteigt.

[31] So Zürich 1965, Helvetia 1967, Berner Allgemeine 1964, Württembergische 1965.

[32] Dieser Artikel ist systematisch unter den «Gemeinsamen Bestimmungen für die Unfall- und Haftpflichtversicherung» eingereiht, währenddem z. B. die Zürich AVB 1965 und die Helvetia AVB 1967 diese Regelung bloss für die Unfallversicherung vorsehen, so dass für die Haftpflichtversicherung die gesetzlichen Bestimmungen anwendbar wären, wenn nicht auf dem Wege der Analogie die Geltung auch für die Gefahrserhöhung in der Haftpflichtversicherung bejaht wird.

Für diese speziellen Fälle einer Gefahrserhöhung ist dem Versicherer wenig an einer Erfüllung der Anzeigepflicht gelegen, da ihm bei Eintritt des befürchteten Ereignisses eine versicherungstechnische Korrektur zur Verfügung steht[33].

5. Krankenversicherung

Ältere AVB[34] regeln die Anzeigepflichten bei der Gefahrserhöhung ausdrücklich und knüpfen die Rechtsfolgen an die Verletzung der Anzeigepflicht. Die neueren AVB haben von einer ausdrücklichen Regelung abgesehen, so dass wiederum das VVG zur Anwendung kommt.

6. Tendenzen der vertraglichen Regelung

In der Versicherungspraxis ist die Ansicht herrschend, dass die Frage der Gefahrserhöhung überbewertet worden sei und heute praktisch keine Bedeutung mehr habe. Dem steht aber die Tatsache entgegen, dass, wie das Ausgeführte zeigt, noch häufig recht eingehende Bestimmungen im Zusammenhang mit der Gefahrserhöhung anzutreffen sind. Andererseits ist aber auch erstaunlich, dass sich für den VN günstig auswirkende Regelungen plötzlich weggelassen werden[35]. Darf daraus der Schluss gezogen werden, dass die Praxis der Versicherungsgesellschaften diesbezüglich zugunsten des VN immer noch von den alten AVB ausgeht? Auf diese Frage gibt es keine eindeutige Antwort, dürfte doch die Stellungnahme des Versicherers weitgehend vom Einzelfall abhängen. Gerade darin liegt aber für den VN ein erhebliches Gefahrenmoment, weiss er doch nicht um die Reaktion des Versicherers[36].

[33] Vgl. die analoge Lösung in der Autoinsassenversicherung, wenn die Zahl der Insassen höher ist als diejenige der zugelassenen Sitzplätze.

[34] So z. B. Helvetia-Unfall 1956:

«*Änderung der Gefahr*. Tritt während der Dauer der Versicherung eine wesentliche Gefahrerhöhung ein, so hat der Versicherungsnehmer, sobald er hievon Kenntnis erhalten hat, diese der «Helvetia-Unfall» unverzüglich schriftlich anzuzeigen. Als wesentliche anzeigepflichtige Gefahrerhöhungen gelten insbesondere auch ernstliche Erkrankungen während einer Suspension der Versicherung, Krankheiten oder Unfälle, die zu Lasten der Militär- oder einer Unfallversicherung gehen, ohne dass es sich um eine durch besondere Vereinbarung ausgeschlossene Krankheit handelt, Befreiung vom Militärdienst, Aufgabe der ganztägigen Erwerbstätigkeit und bei Mitversicherung des Unfallrisikos auch der Berufswechsel.

Kommt der Versicherungsnehmer dieser Anzeigepflicht nach, so ist die ‚Helvetia-Unfall' in der Folgezeit an den Vertrag nicht gebunden, wenn sie binnen einer Frist von 14 Tagen, nachdem ihr die Gefahrserhöhung schriftlich zur Kenntnis gebracht worden ist, dem Versicherungsnehmer den Rücktritt vom Vertrage anzeigt. Ihre Haftung erlischt mit Ablauf von 14 Tagen seit Mitteilung des Rücktrittes vom Vertrage.

Unterlässt der Versicherungsnehmer die schriftliche Anzeige über die wesentliche Gefahrerhöhung gänzlich oder innert nützlicher Frist, so ist die ‚Helvetia-Unfall' in der Folgezeit an den Vertrag nicht gebunden, wenn die Gefahrerhöhung auf den Eintritt des befürchteten Ereignisses und den Umfang der Versicherungsleistung einen Einfluss ausgeübt hat.»

[35] Siehe vorne S. 125.

[36] Vgl. hinten S. 141 bei N 5.

Aufschlussreich ist, dass nach den in Deutschland üblichen Allgemeinen Haftpflichtversicherungsbedingungen Erhöhungen und Erweiterungen des versicherten Risikos ohne weiteres mitgedeckt sind[37].

II. Sorgfalts- und Sicherheitspflichten

1. Vertragliche Gestaltung der Sorgfalts- und Sicherheitspflichten

Diese Unterscheidung findet sich in den AVB 1970 für die Sachversicherung[38], und zwar wird ausgeführt, dass bei schuldhafter Verletzung von Sorgfaltspflichten, von vertraglichen oder gesetzlichen Sicherheitsvorschriften oder von anderen Obliegenheiten unter bestimmten Voraussetzungen die Leistung des Versicherers gekürzt werden könne. Ein Artikel[39] weist das Marginale «Sorgfaltspflichten» auf und enthält in seinem ersten Absatz die Verpflichtung des VN, bestimmte Schadenminderungsmassnahmen zu treffen. Diese allgemeine Verpflichtung darf nicht dazu dienen, dass sich der Versicherer nach Eintritt des befürchteten Ereignisses auf die Generalklausel stützt und eine Obliegenheitsverletzung geltend macht. Denn bei Massnahmen zum Schutze der versicherten Sachen gegen die versicherten Gefahren handelt es sich um Obliegenheiten zur Verminderung der Gefahr, die gemäss der relativ zwingenden Natur des Art. 29 VVG[40] nur dann Geltung haben können, wenn im Vertrag bestimmte Obliegenheiten aufgeführt werden[41].

Fehlt es nun nicht auch an der Bestimmtheit, wenn bloss auf gesetzliche und vertragliche Sicherheitsvorschriften verwiesen wird, ohne dass die AVB eine nähere Umschreibung enthalten, was darunter zu verstehen ist?

[37] Prölls, Haftpflicht und Versicherung im deutschen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften, in Festgabe für Karl Oftinger, Zürich 1969, S. 235.

[38] Vgl. vorne S. 124, AVB Ausgabe 1970.

[39] Dieser Artikel lautet:

«*Sorgfaltspflichten.* Der Versicherungsnehmer ist zur Sorgfalt verpflichtet und hat namentlich die nach den Umständen gebotenen Massnahmen zum Schutze der versicherten Sachen gegen die versicherten Gefahren zu treffen.

In der Wasserschadenversicherung hat der Versicherungsnehmer insbesondere die Wasserleitungen, die daran angeschlossenen Einrichtungen und Apparate auf seine Kosten instand zu halten, verstopfte Wasserleitungsanlagen reinigen zu lassen und das Einfrieren durch geeignete Massnahmen zu verhindern. Solange das Gebäude oder die Wohnung, wenn auch nur vorübergehend, unbewohnt ist, müssen die Wasserleitungen, die daran angeschlossenen Einrichtungen und Apparate entleert sein, es sei denn, die Heizungsanlage werde unter angemessener Kontrolle in Betrieb gehalten.»

In den früheren AVB wurden diese gleichen Pflichten unter dem Marginale «Sicherheitsvorschriften» aufgeführt (vgl. AVB 1965 für die Wasserschadenversicherung).

[40] Der relativ zwingende Charakter von Art. 29 Abs. 1 VVG wird von Keller (S. 430 bei N 1 und 2) aus der Zweckbestimmung hergeleitet; so auch Jaeger N 6 zu Art. 98 und Roelli N 3 zu Art. 29.

[41] Vgl. auch vorne S. 102 bei N 25.

An der Bestimmtheit von vertraglichen Sicherheitsvorschriften fehlt es dann nicht, wenn diese entweder stillschweigend oder ausdrücklich neben den AVB vereinbart oder in Besonderen Bedingungen festgehalten wurden. Ein solches Vorgehen ist bei der Versicherung von besonderen Risiken angebracht[42].

Unter «gesetzliche Sicherheitsvorschriften» sind diejenigen polizeilichen Vorschriften zu verstehen, die dem Zwecke von VVG Art. 29 dienen, und zwar fallen darunter sowohl polizeiliche Verfügungen als auch Polizeiverordnungen[43]. Art. 29 Abs. 1 setzt die vertragliche Vereinbarung bestimmter Obliegenheiten voraus. Diesem Erfordernis ist mit dem Verweis auf die «gesetzlichen Sicherheitsvorschriften» entsprochen; dadurch werden die gesetzlichen Sicherheitsvorschriften zu vertraglich vereinbarten. Obwohl es sich nur um eine Generalklausel handelt, ist dem Erfordernis der Bestimmtheit insofern Rechnung getragen, als eine Beschränkung auf gesetzliche Sicherheitsvorschriften erfolgte.

Eine genaue Abgrenzung der Sorgfaltspflichten und der Sicherheitsvorschriften würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten; festgehalten sei nur, dass auch die Verletzung einer Sicherheitsvorschrift bei der Frage nach der schuldhaften Herbeiführung des Versicherungsfalles berücksichtigt werden kann, so dass sich hier die gleichen Abgrenzungsprobleme ergeben wie für die Sorgfaltspflichten[44].

Gefahrspräventive Obliegenheiten finden sich hauptsächlich in den Sachversicherungs- und Vermögensversicherungsverträgen, bei denen eine Tätigkeit oder ein Objekt mit besonderen Gefahren verbunden ist und die Wahrscheinlichkeit des Eintrittes des befürchteten Ereignisses mittels bestimmter Massnahmen erheblich verkleinert werden kann[45].

[42] Vgl. z. B. den Auszug aus dem Referat von O. Saxer, gehalten an der Generalversammlung 1966 der Arbeitsgemeinschaft der Einbruchdiebstahl-Versicherer, «Sicherheitsvorkehren gegen die Gefahren von Einbruch, Überfall und Beraubung» (Helvetia-Feuer St. Gallen). Daraus können vertragliche Sicherheitsvorschriften abgeleitet werden.

[43] So Möller N 6 zu § 32; vgl. aber auch AVB Zürich 1965, Maschinenbruch- bzw. Baumaschinenkaskoversicherung, jeweils Art. 8; bezüglich Unterschied Verfügung/Verordnung siehe Imboden, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung I, 3. A., Basel 1968, S. 166.

[44] Vgl. vorne S. 52 ff.

[45] Beispiele:

a) In den AVB für Sachversicherung (vgl. vorne S. 130 N 39).

b) In den AVB für Haftpflichtversicherung (insbes. Betriebs-, Haus- und evtl. Privathaftpflichtversicherung):
«Der Versicherte ist verpflichtet, seine Tank- und Rohrleitungsanlagen fachmännisch zu warten und in Betrieb zu halten. Notwendige Reparaturen daran hat er unverzüglich auszuführen und die gesamten Anlagen wenigstens alle 5 Jahre sofern nicht gesetzlich oder behördlich eine andere Frist vorgeschrieben ist, durch Fachleute reinigen und revidieren zu lassen.
Der Versicherte ist verpflichtet, seine Anlagen für die Sammlung, Ableitung und Reinigung des betrieblichen Abwassers sowie Lagerung und Beseitigung der sonstigen betrieblichen Abfallprodukte fachmännisch zu warten und in Betrieb zu halten. Notwendige Reparaturen daran hat er unverzüglich ausführen und die gesamten Anlagen alle zwei Jahre, sofern nicht gesetzlich oder behördlich eine kürzere Frist vorgeschrieben ist, durch Fachleute reinigen und revidieren zu lassen.»

c) In den AVB für Betriebshaftpflichtversicherung von Elektrizitätswerken 1966 (einheitlich):
«*Besondere Obliegenheiten.* Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, die geltenden Schutz-

2. Regelung der Rechtsfolgen

Gemäss Art. 29 Abs. 2 VVG muss sich die Verletzung der Obliegenheit, für den Fall, dass der Versicherer das «Nichtgebundensein an den Vertrag»[46] oder bloss Leistungsfreiheit geltend macht, auf den Eintritt des befürchteten Ereignisses und auf den Umfang der Versicherungsleistung ausgewirkt haben. Diese Regelung ist halbzwingend. Zu untersuchen bleibt, wie der Versicherer in den AVB die Rechtsfolgen geregelt hat.

a) Auffallend ist, dass überall dort, wo gefahrspräventive Obliegenheiten aufgeführt werden, nur noch die Leistungsfreiheit als Rechtsfolge festgehalten wird, hingegen auf das «Nichtgebundensein», das ja auch den Rücktritt vom Vertrag enthält, überhaupt nicht mehr eingegangen wird. Sogar auf ein Kündigungsrecht scheinen die Versicherer verzichten zu können[47]. Als Korrelat enthalten deshalb die neuen Betriebshaftpflichtbedingungen die Obliegenheit des Versicherten, auf Begehren des Versicherers einen gefährlichen Zustand auf eigene Kosten zu beseitigen[48]. Dieses Absehen von «Nichtgebundensein» deckt sich mit unserer Feststellung, dass nur ausnahmsweise ein Rücktritt vom Vertrag wegen Obliegenheitsverletzung gegeben sein soll[49].

b) Als Rechtsfolge bleibt demnach einzig die Leistungsfreiheit.

Die untersuchten AVB lassen sich auch hier in zwei Hauptgruppen unterteilen; einerseits solche, die ein Kürzungsrecht nach dem Kausalitätsgradprinzip statuieren, andererseits solche, die – Kausalität vorausgesetzt – dem Versicherer die volle Leistungsfreiheit zugestehen.

vorschriften gewissenhaft zu beobachten und den allgemeinen oder besonderen Weisungen der staatlichen Aufsichtsorgane sowie des Starkstrom-Inspektorates und der Technischen Prüfanstalten des Schweizerischen Elektrotechnischen Vereins ungesäumt Folge zu leisten. Bei bewusster Verletzung dieser Obliegenheiten entfällt die Deckungspflicht der Gesellschaft, es sei denn, der Versicherungsnehmer beweise, dass der Schaden auch bei Erfüllung der Obliegenheit im gleichen Umfang eingetreten wäre.
Die Gesellschaft ist jederzeit berechtigt, die Anlagen und Schutzvorrichtungen des Versicherungsnehmers durch Sachverständige kontrollieren zu lassen.»

d) In den AVB für Bauunternehmerhaftpflichtversicherung 1968 (einheitlich):
«Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die von Behörden und von der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt erlassenen Richtlinien und Vorschriften sowie die allgemein anerkannten Regeln der Baukunde beachtet werden. Vor Beginn von Erdbewegungsarbeiten hat der Versicherungsnehmer von den zuständigen Stellen verbindliche Angaben über die genaue Lage unterirdischer Leitungen zu beschaffen (Obliegenheiten).»

e) Neuerdings findet auch folgende Klausel Verwendung, wobei diese Verhaltensvorschrift ausdrücklich als Obliegenheit bezeichnet wird (vgl. Betriebshaftpflicht AVB ab 1967):
«*Schadenverhütungsmassnahmen.* Die Versicherten sind verpflichtet, einen gefährlichen Zustand, der zu einem Schaden führen könnte und dessen Beseitigung die Gesellschaft verlangt hat, innerhalb angemessener Frist auf eigene Kosten zu beseitigen.»

[46] Vgl. vorne S. 107 ff.

[47] Die Baumaschinen-Kaskoversicherung AVB (Helvetia Feuer 1966, Zürich 1965) enthalten noch eine Spezialbestimmung, dass der Versicherer den Vertrag wegen Verletzung von Sicherheitsvorschriften auf 14 Tage kündigen kann.

[48] Vgl. oben bei N 45e.

[49] Vgl. vorne S. 109 bei N 16.

aa) Volle Leistungsfreiheit ist u. a. in den AVB für Bauunternehmerhaftpflicht bis 1967 und in den AVB für Betriebshaftpflicht von Elektrizitätswerken 1966 vorgesehen.

Unterschiede innerhalb dieser Gruppen ergeben sich dadurch, dass verschiedene Versicherer nur an die bewusste Verletzung von Obliegenheiten Rechtsfolgen knüpfen[50].

bb) Ein blosses Kürzungsrecht enthalten die bereits aufgeführten AVB der Sachversicherer[51]; aber auch aus der folgenden Formulierung muss interpretationsweise auf ein blosses Kürzungsrecht geschlossen werden:

Verletzt ein Versicherer die ihm durch diesen Vertrag überbundenen Obliegenheiten, so entfällt ihm gegenüber die Leistungspflicht. Dieser Nachteil tritt nicht ein, wenn die Verletzung den Umständen nach als unverschuldet anzusehen ist oder der Schaden auch bei Erfüllung der Obliegenheit eingetreten wäre.

Ausschlaggebend ist, dass im Gegensatz zu der Formulierung unter aa) der Zusatz «im gleichen Umfange» weggelassen wurde. Wäre mithin der Schaden auch bei Erfüllung der Obliegenheit eingetreten, aber nicht im gleichen Umfange, so kann auf Grund einer vernünftigen Auslegung nur noch ein Kürzungsrecht des Versicherers in Frage kommen, denn der Schluss e contrario, dass überhaupt keine Rechtsfolge gegeben sei, wenn der Schaden nicht in gleichem Umfange eintrete, verfängt nicht[52]. Diese Formulierung ist in den vereinheitlichten AVB für Betriebshaftpflichtversicherung u. a. auch in denjenigen für das Baugewerbe enthalten, findet sich aber ebenfalls in den AVB für Haus- und für Privathaftpflichtversicherung.

c) Abschliessend sei noch auf eine spezielle Regelung in den AVB für die Bauwesen-Versicherung der Helvetia-Feuer 1965[53] verwiesen.

Die gemäss Ziff. 2 berechnete Entschädigung reduziert sich bei *grobfahrlässiger Verletzung* von Obliegenheiten im Sinne von Art. 5 hiernach durch leitende Organe des Ver-

[50] So lautet z. B. der betreffende Artikel der La Suisse 1962 (AVB Haftpflicht für Hoch- und Tiefbauunternehmen):
«Bei Verletzung dieser Obliegenheit entfällt die Deckungspflicht der Gesellschaft, es sei denn, der Versicherungsnehmer beweise, dass der Schaden auch bei Erfüllung der Obliegenheit im gleichen Umfang eingetreten wäre»,
währenddem die AVB Helvetia-Unfall 1964, Zürich 1964, Erste Allgemeine 1964, Berner Allgemeine 1964 folgende Formulierung enthalten:
«Bei bewusster Verletzung dieser Obliegenheiten entfällt die Deckungspflicht der Gesellschaft, es sei denn, der Versicherungsnehmer beweise, dass der Schaden auch bei Erfüllung der Obliegenheit im gleichen Umfang eingetreten wäre.»

[51] Vgl. vorne S. 124.

[52] Diese Wendung enthielten auch die AVB für Bauunternehmer-Haftpflichtversicherung vor 1968. Zusätzlich war das Verschulden insofern qualifiziert, als nur eine bewusste Obliegenheitsverletzung Rechtsfolgen nach sich ziehen sollte. 1968 wurde aber auf den Zusatz «im gleichen Umfange» und auf die qualifizierte Verschuldensform verzichtet. Daraus darf geschlossen werden, dass der Versicherer von dem, allerdings zugunsten des VN verschobenen Alles-oder-nichts-Prinzip, zu einer flexibleren Lösung übergehen wollte, die es ihm erlaubt, die Obliegenheitsverletzung in angemessenem Rahmen zu berücksichtigen.

[53] So auch Erste Allgemeine 1967.

sicherungsnehmers, in dem Masse, als Eintritt oder Umfang des Schadens dadurch beeinflusst werden.

Art. 5: *Obliegenheiten des Versicherungsnehmers.* Bei der Ausführung des Bauwerkes hat der Versicherungsnehmer die gesetzlichen und behördlichen Vorschriften, die anerkannten Regeln der Technik und Baukunde und die ihm durch die SIA-Normen und Bauvertrag auferlegten Pflichten zu beachten.

Diese Regelung ist deshalb zu begrüssen, weil auf vertraglichem Wege die Schwierigkeiten, die bei der Abgrenzung von gefahrpräventiven Obliegenheiten und der grobfahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalles gemäss Art. 14 Abs. 2 VVG entstehen könnten, weitgehend damit umgangen werden, dass die Obliegenheitsverletzung ebenfalls grobfahrlässig bewirkt werden muss und die Rechtsfolge in einer Kürzung besteht, mithin Unterschiede nur noch im Kürzungsmass bestehen[54].

3. Tendenzen der vertraglichen Regelung

Ganz allgemein kann im Zusammenhang mit der Rechtsfolgeregelung bei Verletzung von gefahrspräventiven Obliegenheiten von einer Tendenz zum blossen Kürzungsrecht im Sinne des Kausalitätsgradprinzips gesprochen werden[55].

III. Obliegenheiten nach dem Versicherungsfall

Bereits in der Ausgestaltung der Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzung, die vor Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllen sind, stellten wir erhebliche Abweichungen fest. Eine wohltuende Beschränkung bewirkt der relativ zwingende Charakter der einschlägigen Gesetzesartikel. Für die Obliegenheiten nach dem Versicherungsfall sind einzig Art. 39 Abs. 1 und Abs. 2 Z. 2 Satz 2 mit halbzwingender Kraft versehen, was ein weites Spektrum der vertraglichen Rechtsfolgeregelung erwarten lässt. Dies ist in der Tat auch der Fall; neben der Leistungsfreiheit wegen einer sich auf den Eintritt des befürchteten Ereignisses, auf die Versicherungsleistung oder auf die Rechtsstellung des Versicherers kausal auswirkenden Obliegenheitsverletzung, findet auch die Leistungsfreiheit unabhängig von

[54] Vgl. Text der AVB mit VVG 14 Abs. 2; praktisch dürfte aber weitgehend Übereinstimmung bestehen; denn wird VVG 14 Abs. 2 angewandt wegen Verletzung einer Sorgfaltspflicht, die zugleich eine Obliegenheit sein könnte, so wird der Richter bei der ermessensmässigen Bestimmung der Kürzungsquote auch davon ausgehen, inwieweit diese Sorgfaltspflichtverletzung den Eintritt des befürchteten Ereignisses oder den Umfang der dem Versicherer obliegenden Leistung beeinflusst hat.

[55] Vgl. dazu § 51 insbes. Abs. 1 und Abs. 3 des schwed. VVG von 1927, wonach ebenfalls nur eine Kürzungsmöglichkeit gegeben ist. So auch Norwegen (Weltkongress S. 203/204), Jugoslawien (ebenda S. 146/147).

der Kausalität der Obliegenheitsverletzung und das blosse Kürzungsrecht Anwendung; daneben sind aber auch Kombinationen dieser Möglichkeit vorhanden.

Gerade diese Vielfalt der in den AVB enthaltenen Bestimmungen lässt den Schluss zu, dass in der Praxis der Versicherer bei der Rechtsfolgeregelung den Zweck der Obliegenheiten unberücksichtigt lässt und nach eigenem Gutdünken eine Regelung trifft[56].

Anhand verschiedener Versicherungszweige soll nun im folgenden die von den Versicherern getroffene Regelung erläutert werden. Der Vollständigkeit halber und nicht zuletzt als Beispiel für eine generelle Lösungsweise wird die Regelung der Sachversicherer aufgeführt. Auf Besonderheiten ist abschliessend einzugehen.

1. Sachversicherung

Die Sachversicherer lassen als generelle Regelung – sowohl für vertragliche als auch für gesetzliche Obliegenheiten und unabhängig davon, ob es sich um eine vor oder nach Eintritt des befürchteten Ereignisses zu erfüllenden Obliegenheit handelt – das Kausalitätsgradprinzip zum Zuge kommen[57].

2. Unfallversicherung

a) Die AVB für Einzelunfallversicherung können wie folgt gruppiert werden:

aa) Kausalitätsgradprinzip: Zürich ab 1959, Erste Allgemeine 1962, Württembergische 1962.

bb) Unabhängig von der Kausalität, einzig den Exkulpationsbeweis gemäss VVG 45 zulassend: Helvetia 1969, La Suisse 1969, Waadt 1969, Berner Allgemeine 1966.

Vergleichend seien sich hier die Bestimmungen der Zürich und der Helvetia gegenübergestellt:

Zu aa)

Art. 13. *Unfallanzeige.* Nach Eintritt eines Unfalles ist der Gesellschaft ungesäumt schriftlich Anzeige zu erstatten. Von einem Todesfall ist die Gesellschaft so zeitig zu benachrichtigen (wenn nötig telegraphisch oder telephonisch), dass sie gegebenenfalls vor der Bestattung auf ihre Kosten eine Sektion veranlassen kann.

Art. 14. *Ärztliche Behandlung und weitere Pflichten.* Nach dem Unfall ist so bald als möglich ein patentierter Arzt beizuziehen und für sachgemässe Pflege zu sorgen.

[56] Was nicht zuletzt auf die Tatsache zurückzuführen ist, dass der Versicherungsvertrag ein Massenvertrag ist, die AVB einseitig vom Versicherer abgefasst werden.

[57] Vgl. vorne S. 124.

Ferner hat der Versicherte bzw. der Anspruchsberechtigte alles zu tun, was zur Abklärung des Unfalls und seiner Folgen dienen kann; der Versicherte hat insbesondere die Ärzte, die ihn behandelt haben, von der Schweigepflicht gegenüber der Gesellschaft zu entbinden und die Untersuchung durch die von der Gesellschaft beauftragten Ärzte zu gestatten; im Todesfall haben die anspruchsberechtigten Hinterlassenen die Einwilligung zur Vornahme einer Sektion zu erteilen, sofern für den Tod noch andere Ursachen als der Unfall möglich sind.

Art. 15. *Folgen bei vertragswidrigem Verhalten.* Bei Zuwiderhandeln gegen die Bestimmungen der Art. 13 und 14 ist die Gesellschaft befugt, die Entschädigung um den Betrag zu kürzen, um den sie sich bei bedingungsgemässem Verhalten vermindert haben würde, es sei denn, der Versicherungsnehmer bzw. der Anspruchsberechtigte beweise, dass das vertragswidrige Verhalten auf die Unfallfolgen und ihre Feststellung keinen Einfluss ausgeübt hat[58].

Zu bb)

Art. 11

a) *Unfallmeldung.* Erleidet der Versicherte einen Unfall, für welchen eine Entschädigung beansprucht wird, so hat der Versicherungsnehmer bzw. der Anspruchsberechtigte der Gesellschaft unverzüglich, spätestens jedoch innert 30 Tagen, schriftlich (womöglich mit dem zur Verfügung gestellten Formular) Anzeige zu erstatten.
Todesfälle sind, auch wenn der Unfall bereits gemeldet worden war, spätestens innert 24 Stunden, wenn möglich telegraphisch, anzuzeigen.

b) *Ärztliche Behandlung.* Nach dem Unfall ist so bald als möglich ein patentierter Arzt beizuziehen und für sachgemässe Pflege sowie Einhaltung der ärztlichen Weisungen zu sorgen. Auf Verlangen der Gesellschaft ist jederzeit eine Untersuchung durch einen von ihr bestimmten Vertrauensarzt vornehmen zu lassen.

c) *Auskunftspflichten.* Der Versicherungsnehmer bzw. Anspruchsberechtigte ist verpflichtet, alles zu tun, was zur Abklärung des Unfalls, seiner Folgen und allfälliger Begleitumstände dienen kann. Er verpflichtet sich insbesondere, die Ärzte, die ihn wegen des Unfalls oder sonstwie früher behandelt oder untersucht haben, von der Schweigepflicht gegenüber der Gesellschaft zu entbinden.
Im *Todesfall* haben die anspruchsberechtigten Hinterlassenen der Gesellschaft rechtzeitig die Einwilligung zur Vornahme einer Sektion durch einen von ihr zu bestimmenden Arzt zu erteilen.
Der Versicherungsnehmer bzw. der Anspruchsberechtigte hat der Gesellschaft auf seine Kosten die zur Begründung seiner Ansprüche erforderlichen Arztzeugnisse zur Verfügung zu stellen. Veranlasst die Gesellschaft eine vertrauensärztliche Untersuchung oder eine Sektion, so trägt sie hiefür die Kosten.

d) *Folgen bei vertragswidrigem Verhalten.* Die Leistungspflicht der Gesellschaft entfällt:
- wenn der Unfall nicht innert 30 Tagen bzw. der Todesfall nicht innert 24 Stunden angemeldet wurde;

[58] Diese Formulierung ist allerdings nicht widerspruchslos; darf die Gesellschaft nur um den Betrag kürzen, um den sich die Entschädigung bei bedingungsgemässem Verhalten vermindert hätte, so muss die kausale Auswirkung der Nichterfüllung der Obliegenheit bereits feststehen, so dass der VN oder At gar keinen Entlastungsbeweis mehr anbringen kann. Merkwürdig ist auch, dass der VN oder At nur beweisen soll, dass das vertragswidrige Verhalten «keinen Einfluss» ausgeübt hat, nicht aber, dass es sich nicht in dem vom Versicherer behaupteten Umfang ausgewirkt hat. Meines Erachtens ist der zweite Teil dieses Satzes einfach wegzulassen; jedenfalls darf dieser Klausel nicht die Bedeutung zugedacht werden, dass der Versicherer einfach um einen bestimmten Betrag kürzen kann und der Gegenbeweis dem VN oder At obliegt.

- wenn bei einem Todesfall die Einwilligung zur Vornahme einer Sektion nicht rechtzeitig erteilt wurde;
- wenn der Versicherungsnehmer bzw. der Anspruchsberechtigte, auf die Säumnisfolgen aufmerksam gemacht, die ihm von der Gesellschaft gesetzte Nachfrist von 14 Tagen zur nachträglichen Erfüllung der übrigen in diesem Artikel festgelegten Obliegenheiten unbenutzt hat verstreichen lassen.

Von besonderem Interesse ist, dass die unter bb) verwendete Klausel bezüglich der Anzeigepflichtverletzung über die vom Gesetzgeber vorgesehene Regelung hinausgeht. Hingegen weist die Tatsache, dass die Zürich noch im Jahre 1956 ebenfalls die unter bb) festgehaltene Regelung verwendete, 1959 aber davon abwich und zugunsten des VN und At die unter aa) erwähnte Klausel in die AVB aufnahm, doch offensichtlich darauf hin, dass eine Tendenz zum Kausalitätsgradprinzip besteht und es sich nur um eine Frage der Zeit handeln dürfte, bis die übrigen Gesellschaften gleichziehen werden.

Die gleiche Entwicklung ist bei der Zürich auch in den AVB für die Kollektivunfallversicherung festzustellen[59].

b) Die Rechtsfolgeregelung in den Kollektivunfallversicherungsverträgen entspricht bei den einzelnen Gesellschaften der Stellungnahme in den Einzelunfallversicherungsverträgen. Besonderheiten finden wir hingegen bei der Autoinsassenversicherung als Spezialfall einer Kollektivunfallversicherung.

aa) Leistungsfreiheit einzig abhängig von einem Verschulden des Obliegenheitsbelasteten verficht, ihrer Stellungnahme in den andern Unfallversicherungsverträgen getreu, die Helvetia[60].

bb) Mit Ausnahme des gemäss zwingenden gesetzlichen Bestimmungen für die Motorradunfallversicherung geltenden Kausalitätsgradprinzipes sucht man vergeblich bei den Gesellschaften, die das Kausalitätsgradprinzip in ihren Unfallversicherungsbedingungen verwirklicht haben, nach einer ausdrücklichen Aufführung des Kürzungsrechtes. Zumindest für die Anzeigepflichtverletzung sind sie beim gemässigten Alles-oder-nichts-Prinzip verblieben[61].

Je nach Umfang des vagen Begriffes der «Vertragstreue[62]» kann der Fall eintreten, dass bestimmten Obliegenheiten keine ausdrücklichen Rechtsfolge zuge-

[59] Vgl. AVB für Kollektivunfallversicherung von 1958 und 1964.

[60] AVB für Auto-Insassen-Unfallversicherung 1964.

[61] So Zürich AVB für Versicherung von Automobilen 1969:

«Art. 42. *Folgen bei vertragswidrigem Verhalten.* Verletzt der Versicherte die Anzeigepflicht oder verstösst er gegen das Gebot der Vertragstreue, so entfällt die Leistungspflicht der Gesellschaft, es sei denn, der Versicherte weise nach, dass die Vertragsverletzung unverschuldet gewesen sei oder auf den Schaden bzw. die Rechtsstellung der Gesellschaft keinen Einfluss ausgeübt habe.»

Die gleiche Regelung enthalten die AVB Waadt 1970 und Erste Allgemeine 1969.

Die von der Einzelunfall- und Kollektivunfallversicherung abweichende Behandlung der Anzeigepflichtverletzung ist in nichts gerechtfertigt.

[62] Vgl. N 61.

ordnet wäre, so dass wiederum das Kausalitätsgradprinzip zur Anwendung kommen müsste. Dies hängt von der Auslegung dieses unbestimmten Begriffes ab[63], der m. E. nur zu Schwierigkeiten führt und deshalb zu vermeiden wäre.

3. Haftpflichtversicherung

a) Die Rechtsfolgeregelung in den neueren AVB für Betriebshaftpflichtversicherung und für Privathaftpflichtversicherung lässt sich in folgende zwei Gruppen gliedern:

- das gemässigte Alles-oder-nichts-Prinzip ist verwirklicht in den AVB der Helvetia-Unfall[64],
- währenddem die andern Gesellschaften einer Kombination von Kausalitätsgrad- und strengem Alles-oder-nichts-Prinzip den Vorzug geben. Im einzelnen differiert diese Kombination, führt doch verschiedentlich nur die Anzeigepflichtverletzung zu einer Kürzung[65].

Besonders häufig wird der auslegungsbedürftige Begriff Vertragstreue verwendet; eine Definition dieses Begriffes dürfte nicht leicht fallen, da nicht jedes vertragswidrige Verhalten zugleich ein vertragsuntreues Verhalten darstellt.

Interessant ist, festzustellen, dass die Berner Allgemeine in ihren AVB für Privathaftpflichtversicherung von 1943 bis 1966 mit einem generellen Kürzungsrecht

[63] Vgl. S. 138, insbesondere N 65 ff.

[64] Helvetia PH 1969 und BH 1969:
«*Folgen bei vertragswidrigem Verhalten.* Verletzt der Versicherungsnehmer die Anzeigepflicht oder verstösst ein Versicherter gegen das Gebot der Vertragstreue, so entfällt die Leistungspflicht der Gesellschaft, es sei denn, der Versicherte weise nach, dass die Vertragsverletzung unverschuldet war und auf den Schaden bzw. die Rechtsstellung des Versicherten und der Gesellschaft keinen Einfluss ausgeübt hat.»

[65] Beispiele: PH = Privat-, BH = Betriebs-, BauH = Bauhaftpflicht,
a) Zürich PH 1968, BH 1967 (schon seit 1944 in AVB für BH), BauH 1964; Erste Allgemeine BauH 1964. «*Folgen bei vertragswidrigem Verhalten.* Bei Zuwiderhandeln gegen die Bestimmungen der Art. 7 und 8 hat der Versicherte alle diejenigen Folgen selbst zu tragen, die bei *bedingungsgemässem Verhalten vermieden worden wären.* Bei Anerkennung der Haftpflicht durch den Versicherten ohne Zustimmung der Gesellschaft sowie bei allen gegen die Vertragstreue verstossenden Handlungen des Versicherten fällt jede Leistung der Gesellschaft dahin, es sei denn, dass der Verstoss den Umständen nach als unverschuldet anzusehen ist.»
b) La Suisse PH 1967, Waadt BH 1967, Erste Allg. BH 1967, Berner Allg. BH 1967, Württemberg. BH 1967. «*Folgen bei vertragswidrigem Verhalten.* Bei schuldhafter Verletzung der Anzeigepflicht haben die Versicherten alle darauf zurückzuführenden Folgen selbst zu tragen.
Ferner entfällt bei schuldhaften Verstössen eines Versicherten gegen die Vertragstreue die Leistungspflicht der Gesellschaft diesem gegenüber.»
c) Berner Allgemeine PH 1970.
«*Folgen bei vertragswidrigem Verhalten.* Verletzt ein Versicherter die ihm überbundenen Obliegenheiten, so entfällt ihm gegenüber der Versicherungsschutz, es sei denn, dass die Verletzung nach den Umständen als unverschuldet anzusehen oder der Schaden auch bei Erfüllung der Obliegenheiten eingetreten wäre.
Bei allen gegen die Vertragstreue verstossenden Handlungen, insbesondere bei Verschleierung des Sachverhalts oder bei Anerkennung von Haftpflichtansprüchen ohne Ermächtigung durch die Gesellschaft, entfällt deren Leistungspflicht, es sei denn, dass der Verstoss nach den Umständen als unverschuldet erscheint.»

ausgekommen ist, mit den neuen AVB[66] aber eine Verschärfung der Rechtsfolgeregelung einführte.

b) In den AVB für Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungen ist durchwegs das gemässigte Alles-oder-nichts-Prinzip verwirklicht, d.h. Rechtsfolgen treten nur dann ein, wenn die Obliegenheitsverletzung sich auf den Schaden bzw. die Rechtsstellung der Gesellschaft ausgewirkt hat. Und zwar gilt diese Regelung im Abweichung von der unter a) erwähnten auch für die Verletzung des Gebotes der Vertragstreue, insbesondere für den in der Praxis recht häufigen Fall der Ausstellung einer Schuldanerkennung[67].

Diese unterschiedliche Regelung gleicher Sachverhalte ist nicht gerechtfertigt. Die vorne begründete Auffassung[68], dass sich eine Obliegenheitsverletzung äquivalenzstörend und damit kausal auswirken müsse, damit überhaupt Rechtsfolgen eintreten können, führt den nötigen Ausgleich herbei, indem das unter a) erwähnte strenge Alles-oder-nichts-Prinzip nicht angewandt werden kann, sondern das gemässigte Alles-oder-nichts-Prinzip Platz greift.

4. Krankenversicherung

Ergänzend sei noch kurz auf die Behandlung von Obliegenheitsverletzungen in der Krankenversicherung hingewiesen.

a) Aus der Tatsache, dass ein Krankheitsfall längere Zeit andauert, hat die Helvetia die Konsequenzen gezogen und erklärt, dass bei verspäteter Anzeige der Versicherte nur seiner Ansprüche bis zum Zeitpunkt des Eintreffens der Krankheitsanzeige verlustig gehe[69].

b) Abweichend davon hält die La Suisse für den Fall einer verspäteten Anzeige die Leistungsfreiheit fest[70].

c) Eine ganz spezielle Lösung sieht die Zürich vor[71]; sie kann die Leistung verweigern oder kürzen, vorausgesetzt dass sich das vertragswidrige Verhalten auf

[66] Siehe N 65c.

[67] Vgl. dazu die bei erwähnten Gesellschaften übliche Formulierung:
«*Folgen bei vertragswidrigem Verhalten.* Verletzt der Versicherte die Anzeigepflicht oder verstösst er gegen das Gebot der Vertragstreue, so entfällt die Leistungspflicht der Gesellschaft, es sei denn, der Versicherte weise nach, dass die Vertragsverletzung unverschuldet gewesen sei oder auf den Schaden bzw. die Rechtsstellung der Gesellschaft keinen Einfluss ausgeübt habe.»

[68] Vgl. S. 58 ff.

[69] Helvetia, Privat-Krankenversicherung 1969:
«*Verzug.* Wird der Krankheitsfall nicht rechtzeitig angemeldet, so verliert der Versicherte seinen Anspruch auf Leistungen bis zum Zeitpunkt des Eintreffens der Krankheitsanzeige bei der Gesellschaft. Für alle übrigen Verpflichtungen setzt die Gesellschaft bei Verzug eine Nachfrist von 14 Tagen. Nach ihrem ungenützten Ablauf erlischt jeder Anspruch auf Leistungen.»

[70] La Suisse, Einzel-Krankenversicherung 1967: «Für Krankheiten oder Unfälle, die nicht innert einer Frist von 30 Tagen zur Anzeige gelangen oder über welche zwecks Täuschung der Gesellschaft bewusst falsche Erklärungen abgegeben wurden, besteht kein Anspruch auf Versicherungsleistungen.»

[71] Zürich, Einzel-Krankenversicherung 1966: «*Folgen bei vertragswidrigem Verhalten.* Bei Zuwiderhandeln gegen die Bestimmungen des Art. 9 ist die Gesellschaft befugt, ihre Leistungen

die Krankheitsfolgen und deren Feststellung ausgewirkt hat. Obwohl der Umfang der Kürzung nicht bestimmt wird, kann daraus nicht gefolgert werden, dem Versicherer stünde nun ein von seinem Gutdünken abhängiger Kürzungsmassstab zur Verfügung. Die Kürzung muss in einem der Verletzungshandlung entsprechenden Mass vorgenommen werden; als wohl die angemessenste Lösung drängt sich die Herbeiziehung des Kausalitätsgradprinzipes auf. Meines Erachtens kann die Leistungsfreiheit nur beim Vorliegen ganz besonderer Umstände gegeben sein, wie z. B. bei betrügerischen Handlungen des Versicherten.

5. Tendenzen der vertraglichen Regelung

Überblickt man die erörterten vertraglichen Rechtsfolgebestimmungen gesamthaft, so kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass, mit Ausnahme der Unfallversicherungsverträge, bei denen noch recht häufig das strenge Alles-oder-nichts-Prinzip verwirklicht ist, grundsätzlich das Schwergewicht auf dem gemässigten Alles-oder-nichts-Prinzip liegt und vielfach in fortschrittlicher Weise sogar das Kausalitätsgradprinzip zur Anwendung gelangt.

§ 15 Würdigung der in den AVB schweizerischer Versicherungsgesellschaften enthaltenen Rechtsfolgeregelungen

I. Allgemeines

Angesichts der festgestellten Tendenzen zum Kausalitätsgrad- und Kausalitätsprinzip, was einer Abwendung vom strengen Alles-oder-nichts-Prinzip gleichkommt, kann an der vorne angebrachten Kritik der Lobeshymne von Mayr[1] nicht mehr vollumfänglich festgehalten werden; denn bei einer gesamthaften Würdigung der von den schweizerischen Versicherern getroffenen Rechtsfolgeregelung kommt man zur Überzeugung, dass die wachsende Geschäftserfahrung und echte Kulanz eine Abwendung vom strengen Alles-oder-nichts-Prinzip bewerkstelligt hat, und damit eine an und für sich für den Versicherer günstigere herrschende juristische Lehre – nämlich, dass eine Obliegenheitsverletzung ungeachtet ihrer Folgen mit Sanktionen belegt werden könne – ausser acht gelassen wird. Der schweizerische Versicherer befindet sich bei der Suche

zu kürzen oder zu verweigern, es sei denn, das vertragswidrige Verhalten habe auf die Folgen der Krankheit und ihre Feststellung nachweisbar keinen Einfluss gehabt.»

[1] Vgl. S. 121/122.

nach den den Obliegenheitsverletzungen angemessenen Rechtsfolgen auf dem richtigen Weg[2].

Zudem muss auch darauf verwiesen werden, dass sich in der Praxis der kulante Versicherer äusserst selten auf Obliegenheitsverletzungen beruft und in der Regel seine Leistung vollumfänglich erbringt[3]. Dies gilt insbesondere für Bagatellunfälle, was verschiedene Versicherer sogar veranlasste, eine ausdrückliche Bestimmung in die AVB aufzunehmen[4].

Selbst wenn allgemein die Tendenz vorherrschen sollte, Obliegenheitsverletzungen auf eine kulante Art und Weise zu behandeln, sie sogar vielfach nicht einmal geltend zu machen, kann doch nicht darüber hinweggesehen werden, dass dieses zugunsten des VN sich auswirkende Abweichen von der vertraglichen Regelung rechtsunsichere Zustände schafft, denn der Versicherer wird versucht sein, je nach der Höhe der zu erbringenden Leistungen einzelfallweise zu entscheiden.

Derartige Situationen wollte schon das VVG von 1908 verhindern. So führte der Berichterstatter der Kommission im Ständerat aus[5]: «Sie [die AVB] stehen auch oft genug mit den Gepflogenheiten und der Praxis der Gesellschaften selbst im Widerspruch und der Versicherte, der sich im Vertrauen auf solche Gepflogenheiten und eine solche ständige Praxis gedeckt und gesichert fühlt, ist der Gefahr des Verlustes seines Versicherungsanspruches ausgesetzt mit Rücksicht auf den strikten Wortlaut der Police, mag er nun von den Versicherungsgesellschaften gehandhabt worden sein oder nicht.»

II. Grundsätzlicher Verzicht auf das «Nichtgebundensein an den Vertrag» für gefahrspräventive und nach dem Versicherungsfall zu erfüllende Obliegenheiten

Von besonderer Bedeutung ist, dass die Versicherer bei gefahrspräventiven und nach dem Versicherungsfall zu erfüllenden Obliegenheiten auf das gemäss Art. 29, 38, 61 und 68 VVG an und für sich mögliche Kündigungsrecht verzichten, währenddem im Zusammenhang mit den Anzeigepflichten bei Gefahrserhöhungen noch verschiedentlich das «Nichtgebundensein an den Vertrag» erwähnt

[2] Es darf an dieser Stelle nochmals betont werden, dass die der Feuerversicherungsvereinigung angeschlossenen Versicherungsgesellschaften generell das Kausalitätsgradprinzip verwenden, wobei die Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft wegleitend mit ihren AVB-Entwürfen zu dieser gerechten Regelung beigetragen hat.

[3] Eine Ausnahme bilden die Verletzungen von gefahrspräventiven Obliegenheiten, insbesondere derjenigen der Bauunternehmer, sich vor Beginn von Grabarbeiten über die Lage von Leitungen verbindliche Angaben zu besorgen.

[4] Vgl. AVB für Schulenunfallversicherung 1969 der Berner Allgemeinen: «Wird bei Bagatellunfällen die Gesellschaft innerhalb acht Tagen nicht benachrichtigt und vorerst auch kein Arzt beigezogen, so verzichtet die Berner Allgemeine, daraus irgendwelche Rechte abzuleiten.»

[5] StenBull *1905* 127 r. Sp. o.

wird. Diese Feststellung deckt sich mit den vorne aus rechtstheoretischen Überlegungen hergeleiteten Grundsätzen [6].

III. Verschiebung der Problematik der Rechtsfolgeregelung

Neben diesem grundsätzlichen Verzicht auf das «Nichtgebundensein» fällt besonders auf, dass nicht etwa alle anderen Varianten der in der Lehre erwähnten möglichen Rechtsfolgen [7] in den AVB aufgeführt werden, sondern ganz allgemein die Tendenz vorherrscht, für die Rechtsfolgeregelung das Kausalitätsgrad- oder zumindest das gemässigte Alles-oder-nichts-Prinzip anzuwenden[8].

Die Problematik um die Rechtsfolgeregelung von Obliegenheitsverletzungen hat sich demnach verschoben; Kernproblem ist in der Praxis heute die Frage, in wieweit die Kausalität ausschlaggebend sein soll für die Rechtsfolgeregelung.

[6] Vgl. vorne S. 66 und 107 ff.
[7] Vgl. vorne S. 121.
[8] Vgl. S. 134 und 140.

5. Teil: Die Verhältnismässigkeit als grundlegendes Prinzip für die Rechtsfolgeregelung

Spricht man allgemein von den Schranken eines Rechtsgeschäftes, so versteht man darunter die Anforderungen, die die Art. 19 und 20 OR an eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung stellen[1]. Diesbezüglich sind die Persönlichkeitsgüter gemäss Art. 27 und 28 ZGB von besonderer Bedeutung, wird doch deren Verletzung als widerrechtlich und damit gegen Art. 20 OR verstossend betrachtet. Diese Schranken gelten auch für das Versicherungsrecht, wobei dieses ausdrücklich noch bestimmte Artikel als zwingend oder halbzwingend erklärt und damit die Schranken präzisiert. Damit sind aber die möglichen Schranken nicht etwa abschliessend aufgeführt[2]. «‚Schranken' der Privatautonomie sind ... nicht mehr nur die traditionellen Polizeigüter: öffentliche Ordnung, Ruhe, Sicherheit und Sittlichkeit, sondern weit mehr als früher die gute Sitte überhaupt, das Recht und die Freiheit der Person, der Schutz der Familie, Billigkeit und Angemessenheit. Der Wille, die Freiheit des Einzelnen gilt weniger; seine Rechte und Befugnisse werden ihm zwar nicht aberkannt, aber beschränkt; vieles, das an sich zulässig ist, ist nur in bestimmter Weise, in bestimmten Umfange zulässig, neben das schlechthin Verpönte und das schlechthin Erlaubte tritt das nicht in dieser Weise oder in geringerem Umfang Erlaubte[3].» Diese Ausführungen von SPIRO sind nicht etwa auf das Obligationenrecht beschränkt, sondern haben auch Geltung für andere Rechtsgebiete[4]. Sinngemäss sind sie auch für die Regelung der Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzungen verwendbar. Auch hier spielt die Frage der Angemessenheit der Rechtsfolge eine erhebliche Rolle; auch hier muss sich die Geltung des Vereinbarten um einer beherrschenden Norm – nämlich dem Gedanken der Angemessenheit – willen, eine Beeinträchtigung gefallen lassen[5].

Das Prinzip der Verhältnismässigkeit, das wir im folgenden näher untersuchen wollen, wirkt sich in verschiedener Hinsicht auf die Obliegenheiten und die Rechtsfolgen einer Obliegenheitsverletzung aus. Einerseits dürfen die Anforde-

[1] Es bedarf keiner näheren Begründung, dass diese Artikel nicht nur für Verträge, sondern allgemein für sämtliche Rechtsgeschäfte gelten.

[2] Die Art. 97 und 98 sind nicht abschliessend.

[3] SPIRO, Können übermässige Verpflichtungen aufrechterhalten werden? ZBJV *88* 530/531.

[4] SPIRO S. 531 N 2; interessant ist auch seine Feststellung auf S. 532: «Eben darum erscheint aber eine Anpassung der Lehre von den Ungültigkeitswirkungen an die veränderten Ungültigkeitsgründe, deren Folgen an die gewandelten Voraussetzungen, nicht nur von der Logik, sondern auch von der Gerechtigkeit aus geboten; mochte früher angesichts der strengen Scheidung von zulässig oder unzulässig die strenge Alternative: totale Nichtigkeit oder Gültigkeit mit strenger Durchsetzung, richtig sein, so fordert heute die Vermehrung und Differenzierung der zwingenden Bestimmungen auch eine entsprechende Abstufung der Sanktionen.»
Man kann demnach für das Gebiet der Ungültigkeitslehre von einer Abkehr vom «Alles-oder-nichts-Prinzip» sprechen. Vgl. dazu BGE *93* II 105, 192 und *96* II 107.

[5] SPIRO S. 533 N 1.

rungen, die mit einer Obliegenheit an den VN oder At gestellt werden, nicht unzumutbar sein und andererseits darf die Verletzungsrechtsfolge nicht in einem Missverhältnis zur Verletzungshandlung stehen. Gerade dieser letzte Problemkreis wird uns besonders beschäftigen, vor allem im Zusammenhang mit dem strengen Alles-oder-nichts-Prinzip; aber auch beim gemässigten Alles-oder-nichts-Prinzip ist eine Überprüfung der Rechtsfolgen auf die Verhältnismässigkeit nicht von vornherein auszuschliessen.

§ 16 Die Verhältnismässigkeit

I. Privatautonomie und Verhältnismässigkeit

Unsere Rechtsordnung wird vom Grundsatz der Privatautonomie beherrscht. Dieser Grundsatz ist nicht unbeschränkt gültig, sondern kann nur innerhalb bestimmter Grenzen, die wandelbar sind, ausgeübt werden[6]. Eine dieser Schranken ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Wohl ist dieses Rechtsprinzip vor allem im Verwaltungsrecht anwendbar[7], doch verlangt die Tatsache, dass das Privatrecht heutzutage auch dazu beitragen soll, einen bestimmten von der Öffentlichkeit gewünschten wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Zustand unmittelbar herzustellen, zu fördern oder zu ermöglichen[8], die Anwendung dieses Prinzipes im Privatrecht, insbesondere für die Herstellung eines Gleichgewichtes zwischen einer Verletzungshandlung und der damit verbundenen Rechtsfolgen. Die Forderung nach einem angemessenen Äquivalent fällt mit der Forderung nach einer gerechten Lösung zusammen[9]. So verlangt Reimer Schmidt[10], dass nach dem Grundsatze der Verhältnismässigkeit eine Rechtsfolge dem «Versäumungsnachteil» angepasst sein müsse und nicht darüber hinausgehen dürfe. Deshalb wird verlangt, dass selbst rechtskonstruktiv einwandfreie Lösungen auf ihren Gerechtigkeitsinhalt zu prüfen und nötigenfalls zu korrigieren sind[11]. Obwohl die Verantwortung eines Einzelnen für seine Willensäusserung nicht allzusehr eingeschränkt werden soll, muss doch gerade im Versicherungsrecht besonderen Umständen Rechnung getragen werden.

[6] So wurde bei der Eintretensdebatte zum VVG im Ständerat ausgeführt, dass eine schrankenlose Vertragsfreiheit nur zu einer Unfreiheit des einen Teiles führen würde (StenBull *1905* 136 l. Sp. m.).

[7] Vgl. statt vieler Schwarzenbach, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, dritte Auflage 1968, S. 64 ff.

[8] Spiro S. 530; vgl. auch Merz, Privatautonomie, insbes. S. 3 ff.

[9] Hugo Marcus, Metaphysik der Gerechtigkeit, Reinhardt Verlag, Basel 1947, S. 17.

[10] Reimer Schmidt S. 93.

[11] Haidinger S. 198

1. Allgemeines

Beim Versicherungsvertrag darf nicht ausser acht gelassen werden, dass es sich zumeist um einen Massenvertrag handelt und dort eine «Situation der intellektuellen Unterlegenheit»[12] besteht und dass diese Situation einen besonderen Schutz des VN verlangt. Die Durchsicht der AVB wird dieser – wenn er sie überhaupt vornimmt – auf den Deckungsumfang ausrichten, in den meisten Fällen aber die Rechtsfolgeregelung von Obliegenheitsverletzungen nicht beachten.

Der heute herrschenden Tendenz, sich gegen «alles und jedes» zu versichern, sollte aber als Korrelat eine entsprechende Gestaltung der Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzungen gegenübergestellt werden. Es geht nicht an, dem VN oder At wegen einer geringfügigen Verletzung einer Obliegenheit den Versicherungsschutz zu entziehen, wenn der Zweck der Versicherung in der Sicherung der wirtschaftlichen Existenz des Menschen liegen soll[13].

Dass das Verhältnismässigkeitsprinzip bei der Entstehung unseres VVG eine erhebliche Rolle gespielt hat, geht aus verschiedenen Stellen in den Materialien hervor[14].

Man kann somit dem schweizerischen Gesetzgeber weitgehend den Vorwurf ersparen, er habe im Gebrauch des Alles-oder-nichts-Prinzipes eine «naive Unbedenklichkeit» an den Tag gelegt[15]. Dieser Vorwurf trifft schon eher diejenigen Versicherungsgesellschaften, die in Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen wiederum zum strengen Alles-oder-nichts-Prinzip zurückgekehrt sind, dieses als «Allheilmittel»[16] betrachtend.

Der Versicherer könnte dem entgegenhalten, dass durch das strenge Alles-oder-nichts-Prinzip ganz klare Verhältnisse geschaffen würden und damit nicht nur eine praktikable, sondern auch eine Lösung vorliege, die dem Prinzip der Rechtssicherheit entspreche. Dann würde aber verkannt, dass wohl eine gewisse Spannung und Auseinandersetzung zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zum Wesen des Rechts gehört[17], dass aber nur ausnahmsweise zufolge besonderer

[12] Reimer Schmidt, Verhütung, S. 88; vgl. StenBull *1905* 136 l. Sp. m.

[13] Roelli, Motive I, S. 113. Interessant sind die Ausführungen Roellis (Motive I, S. 114): «Aber ebenso einleuchtend ist es auf der anderen Seite, dass es nicht angeht, von ihm [dem VN] zu verlangen, dass er auf Schritt und Tritt den Versicherungsvertrag vor Augen habe und mit ängstlicher Sorgfalt sein Verhalten nach gegeben strengen Vertragspflichten einrichte.» Vgl. auch Roelli N 1 zu Art. 14/15 und SVA XI Nr. 19 S. 98.

[14] Vgl. vorne S. 95 f. Ges. EK S. 38; StenBull *1905* 185.

[15] So Raiser bez. des deutschen Gesetzgebers (S. 265).

[16] Ehrenzweig S. 173; vgl. auch Bache: «Das Versicherungsrecht kennt nur die Todesstrafe», zit. in Mayr S. 33.

[17] Koenig, Automatik und Arithmetik, S. 149.

Umstände die Rechtssicherheit der Gerechtigkeit vorgehen darf[18], da ja die Gerechtigkeit derjenige Wert ist, auf den sich sämtliche rechtlichen Normierungen ausrichten.

2. Zumutbarkeit der Obliegenheitserfüllung

Neben den Schranken, die der Auferlegung einer Obliegenheit gesetzt sind, gibt es Schranken, die einer Erfüllung der Obliegenheit entgegenstehen. Die Rechtsprechung, die sich mit derartigen Fällen bereits auseinandersetzen musste, berücksichtigte dabei die Persönlichkeitssphäre und die guten Sitten. Das Bundesgericht führte in einem Entscheid von 1931 aus[19]: «Mais on peut se demander si la clause qui prévoit l'interdiction de reconnaître sa responsabilité n'implique pas une atteinte si grave à la liberté personnelle de l'assuré qu'elle devrait être considérée comme contraire aux bonnes mœurs.» Die Auferlegung einer derartigen Obliegenheit wird als zulässig[20], hingegen die Erfüllung – d.h. das Unterlassen der Schuldanerkennung – im speziellen Fall als unzumutbar betrachtet. Dies geht auch aus Urteilen des BGH[21] hervor, der sich aber gemäss § 154 Abs. 2 dVVG auf eine offenbare Unbilligkeit beruft[22].

Das Abwägen der für und gegen eine Obliegenheitserfüllung sprechenden Interessen und das damit bezweckte Ermitteln eines zumutbaren Masses zeigt sich aber nicht etwa nur beim Anerkennungsverbot in der Haftpflichtversicherung.

In einem Urteil des Bezirksgerichtes Zürich[23] wird ausdrücklich darauf verwiesen, dass eine ärztliche Untersuchung durch einen bestimmten Arzt zumutbar gewesen sei. VVG 61 enthält ebenfalls einen Anhaltspunkt für eine Interessenabwägung, muss doch der At nur «tunlichst» für Minderung des Schadens sorgen[24]. Das Amtsgericht Luzern[25] stützt sich nicht ausdrücklich auf diese Wendung, sondern hält ganz allgemein fest, dass die Rettungspflicht dann nicht verletzt sei, wenn durch die Rettungshandlung Leben und Gesundheit auf Spiel gesetzt werden und diese Rettungshandlungen deshalb unterlassen würden.

Demnach muss auch bei der Frage, ob bzw. in welchem Umfange eine Obliegenheit erfüllt werden muss, die Verhältnismässigkeit berücksichtigt wer-

[18] Vgl. die Ersitzung und die Verjährung.
[19] SVA VII Nr. 255 S. 438.
[20] Vgl. auch SVA VI Nr. 279 S. 545.
[21] BGH, Urteil vom 12. März 1969, in MDR *1969* 645.
[22] § 154 Abs. 2 dVVG lautet:
«Eine Vereinbarung, nach welcher der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei sein soll, wenn ohne seine Einwilligung der Versicherungsnehmer den Dritten befriedigt oder dessen Anspruch anerkennt, ist unwirksam, falls nach den Umständen der Versicherungsnehmer die Befriedigung oder die Anerkennung nicht ohne offenbare Unbilligkeit verweigern konnte.»
[23] SVA XI Nr. 44 S. 247.
[24] Vgl. SVA V Nr. 297 S. 596/597.
[25] SVA VIII Nr. 94 S. 145.

den. Ist die Erfüllung unzumutbar, so liegt auch keine Obliegenheitsverletzung vor[25a].

3. Angemessenheit der Rechtsfolge

Obliegenheiten verfolgen einen bestimmten Zweck. Wird diese Zweckverwirklichung durch das Fehlverhalten des Obliegenheitsbelasteten vereitelt, so kann Leistungsfreiheit nur dann geltend gemacht werden, wenn die Interessen des Versicherers in erheblichem Umfange beeinträchtigt wurden[26, 27].

Um dem Prinzip der Verhältnismässigkeit – das im blossen Kürzungsrecht vollumfänglich verwirklicht ist – zum Durchbruch zu verhelfen, sind verschiedene Möglichkeiten in Betracht zu ziehen; anstatt die Rechtsfolge selber zu verändern, können die Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit eine Obliegenheitsverletzung geltend gemacht werden kann, erweitert werden. Derartige Korrekturversuche werden des öftern von der Rechtsprechung unternommen, um die Härten, die bei einer strikten Anwendung des Alles-oder-nichts-Prinzipes entstehen können, zu verhindern. Man spricht deshalb auch von einer «richterlichen Härtekontrolle»[28].

Die Gerichtspraxis hat aber auch das Verschuldens- und Kausalitätserfordernis beigezogen. Die deutsche Rechtsprechung berücksichtigt weitergehend noch das Klarstellungserfordernis sowie die Umkehr der Beweislast[29]. Bevor wir aber diese Korrekturmöglichkeiten näher betrachten wollen, sei ein Blick auf die Berücksichtigung des Prinzipes der Verhältnismässigkeit im Sozialversicherungsrecht erlaubt.

III. Das Verhältnismässigkeitsprinzip im Sozialversicherungsrecht

Sowohl die Sozial- als auch die Privatversicherung sind Mittel zur Befriedigung des Bedürfnisses nach wirtschaftlicher Sicherheit. Ohne hier auf Abgrenzungsfra-

[25a] Vgl. SOERGEL/SIEBERT N 126 zu § 242.

[26] Vgl. z. B. die Formulierung der «Helvetia» in den AVB für Haushaftpflichtversicherung 1952:

«Im *Falle der Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen dieses Abschnittes* verliert *der Versicherte alle Ansprüche auf Entschädigung gegenüber der ‚Helvetia'*. Diese Folgen treten jedoch nicht ein, wenn der Versicherte nachweist, dass er in *entschuldbarer Weise gehandelt hat* oder dass *seine Handlungen oder Unterlassungen die Interessen der ‚Helvetia' nicht benachteiligt haben.*»

[27] Vgl. dazu VON HIPPEL, Verwirkung des Versicherungsschutzes, NJW 1969 S. 1695 mit Hinweisen auf BGH-Urteile (bei N 12).

[28] RAISER S. 274; vgl. auch MERZ N 513 und 515 zu Art. 2 ZGB, wonach der Rechtsverlust infolge Pflichtverletzung wohl keine eigentliche Verwirkung sei, dass aber gewisse Parallelen gezogen werden könnten. Die Verwirkung als ausserordentlicher Rechtsbehelf dürfe nur mit grösster Zurückhaltung und nur wenn besondere Umstände es rechtfertigen, gewährt werden.

[29] VON HIPPEL S. 1695.

gen zwischen diesen Gebieten des Versicherungswesens näher eingehen zu wollen[30], kann die Frage aufgeworfen werden, ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als allgemeiner Grundsatz nicht beiden Rechtsgebieten übergeordnet ist.

In einem grundlegenden Entscheid hat das Eidgenössische Versicherungsgericht[31] festgehalten, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als allgemeines Rechtsprinzip im Sozialversicherungsrecht gelte. Der Entzug von Versicherungsleistungen wegen Nichtbefolgung von Weisungen der SUVA sei nur dann möglich, wenn diese Sanktion im Zusammenhang mit der Weisung ausdrücklich angedroht worden sei, wenn diese Weisung unter Würdigung der gesamten Verhältnisse als angemessen erscheine und wenn die Weigerung des Versicherten, dieser Weisung nachzukommen, unentschuldbar sei. Dabei müsse aber berücksichtigt werden, dass der Entzug der Leistungen in einem vernünftigen Verhältnis zu dem durch die Weisungen angestrebten Zweck und zum Verschulden des sich weigernden Versicherten stehe. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit gelte auch für die anerkannten Krankenkassen, wobei es selbst unter einer zivilrechtlichen Betrachtungsweise anzuwenden sei[32]. Da die Kassen die Krankenversicherung nach den Grundsätzen der Gegenseitigkeit betreiben müssen, sei erforderlich, dass zwischen Leistung und Beiträgen ein Gleichgewicht bestehe. Wörtlich wird ausgeführt[33]: «Dieses Gleichgewicht würde gestört, wenn allfällige Sanktionen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzen ... Die Sanktion muss in einem vernünftigen Verhältnis zu dem von der Kasse verfolgten Zweck und zum Verschulden des Versicherten stehen.»

Auf das Prinzip der Verhältnismässigkeit wird aus dem Grundsatz der Gegenseitigkeit, wonach zwischen Leistung und Beiträgen ein Gleichgewicht bestehen muss, geschlossen[34].

Um so mehr muss die Verhältnismässigkeit auch für das Privatversicherungswesen gelten, denn die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung lässt es sogar noch zu, dass im Gegensatz zum Geschäftsbetrieb von Krankenkassen derjenige der Privatversicherer einen Gewinn abwirft.

[30] Vgl. dazu insbesondere Hug, Privatvers. und Sozialvers., in SZS *1963* 1 ff und 175 ff.
[31] EVGE *1968* 160 ff. und *1959* 223.
[32] EVGE *1968* 166.
[33] EVGE *1968* 164; vgl. auch BGE *96* V 5.
[34] Vgl. auch Gysin, Das Verschulden in der Sozialversicherung, SZS *1969* 85.

§ 17 Das Kausalitätserfordernis

I. Grundsätzliches Fehlen des pönalen Charakters einer Rechtsfolgeregelung

Die unselbständigen Obliegenheiten sind, da sich der Versicherungsfall und eine eventuelle Gefahrserhöhung im Lebensbereich des VN oder At abspielt, für eine ordnungsgemässe Vertragsabwicklung nicht wegzudenken. Sie sind Hilfsmittel, die die Vertragsabwicklung überhaupt ermöglichen[1]; deshalb kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine Rechtsfolge im Falle einer Verletzung der Obliegenheit Strafcharakter haben soll. Der pönale Charakter der Rechtsfolge kann nur bei betrügerischen Obliegenheitsverletzungen bejaht werden, weil dieses qualifizierte schuldhafte Verhalten noch einer rigorosen, der Abschreckungswirkung entsprechenden Sanktion ruft[2]. Eine eigentliche Strafe soll somit nur den Versicherungsbetrüger treffen[3].

Dieses qualifizierende Moment fehlt bei der bloss vorsätzlichen Verletzungshandlung; sie ist demnach wie die fahrlässigen Verletzungen zu behandeln[4]. Diese Gleichbehandlung ist schon deshalb gerechtfertigt, weil das Verschuldenserfordernis ja nur Billigkeitskorrektiv[5] ist und nur die betrügerischen Obliegenheitsverletzungen eine Sonderstellung einnehmen[6].

II. Zweck und Kausalität

Vorne[7] wurde nachgewiesen, dass aus rechtstheoretischen Überlegungen das Kausalitätsprinzip bei den unselbständigen Obliegenheiten gelten müsse[7a]. Zu diesem Schlusse führte die Überlegung, dass unselbständige Obliegenheiten i. e. S. und i. w. S. keinen Eigenzweck verfolgen und eine Verletzung nur dann von Be-

[1] Vgl. vorne S. 58 ff.
[2] Vgl. vorne S. 70 ff.
[3] Bukow S. 146 N 22; Haidinger (S. 202) lehnt Strafsanktionen im Zivilrecht überhaupt ab.
[4] Vgl. vorne S. 84; Bukow S. 146 N 22 und S. 151 bei N 31; Haidinger S. 204.
[5] Vgl. vorne S. 96 bei N 33.
[6] Wenn man den Strafcharakter bejahen wollte, käme man nicht darum herum, die Sanktionen nach dem Verschulden abzustufen, was ein weites Wirkungsfeld für richterliche Korrekturen zulassen würde. Vgl. dazu EVGE *1968* 166, wo im Zusammenhang mit Pflichtverletzungen im Sozialversicherungsrecht ausgeführt wird: «Auch der Zivilrichter würde unverhältnismässige Eingriffe, die durch den Vereinszweck und das Verschulden des Mitgliedes nicht gerechtfertigt werden könnten, kaum als schützenswert betrachten.» Aber auch im Sozialversicherungsrecht gehen die Meinungen auseinander. So ist Gysin (SZS *1969* 82) der Ansicht, sozialversicherungsrechtliche Sanktionen, wie Leistungsverweigerung oder -kürzung, hätten keinerlei Strafcharakter; so auch EVGE *1966* 98 und *1967* 98; Gysin bezeichnet (S. 83) strafrechtlich klingende Formulierungen als «Betriebsunfälle» (vgl. EVGE *1962* 104, 306; *1968* 160; neuestens auch BGE *96* V 11).
[7] S. 64 f.
[7a] Eine Sonderstellung nimmt die Anzeigepflicht gemäss Art. 30 VVG ein, vgl. vorne S. 99 ff.

deutung sein könne, wenn eine Leistungsstörung im ganzen eingetreten sei. Im folgenden sei nun auf Grund einer anderen Überlegung der Beizug des Kausalitätserfordernisses begründet.

1. Zweck

Die herrschende Lehre und Rechtsprechung nimmt den Standpunkt ein, dass die Berufung auf die Leistungsfreiheit dann gegen Treu und Glauben verstosse und deshalb nicht zu schützen sei, wenn der Zweck der Obliegenheit auf anderem Wege vollständig erreicht worden sei[8]. Und zwar wurde dies damit begründet, dass es unbillig wäre, den Obliegenheitsbelasteten die Schwere der Rechtsfolgen verspüren zu lassen, wenn die Verletzung keine wesentliche Folge hatte, mithin bloss eine formelle Vorschrift verletzt worden sei[9,10].

Jeder Rechtssatz und jede vertragliche Regelung sind zweckgerichtet[11]; sie sind Mittel zum Zweck. Dieser Zweck ist gleichbedeutend mit Interessenschutz[12]. Interessen des Versicherers sind aber nicht bereits verletzt, wenn der Belastete sich eine Obliegenheitsverletzung zuschulden kommen lässt, sondern erst dann, wenn eine Leistungsstörung im ganzen eintritt[12a].

Es darf demnach zur Feststellung, ob eine Obliegenheitsverletzung vorliegt, oder nicht, nicht bloss auf den formellen Gehalt einer Norm abgestellt werden, sondern es ist der Obliegenheitstatbestand zweckgerichtet auszulegen, wobei Treu und Glaube eine bestätigende und ergänzende Funktion haben.

Dies hat zur Folge, dass nicht jede Verletzung eines (formellen) Obliegenheitstatbestandes relevant ist, sondern nur diejenige, bei der der mit der Obliegenheit verfolgte Zweck vereitelt und damit die Interessen des Versicherers verletzt worden sind. Eine Einreihung unter die Rechtsmissbrauchstatbestände ist gar nicht notwendig[13].

Die schweizerische Gerichtspraxis beruft sich des öfteren auf den Zweck einer Obliegenheit oder auf die Interessen des Versicherers und verweigert diesem die Geltendmachung der Verwirkungsfolge, ohne allerdings auf den Unterschied zwischen zweckgerichteter Auslegung und Berufung auf Rechtsmissbrauch näher einzutreten[14].

[8] Keller S. 570 bei N 6, S. 575, 659; Jaeger N 6 zu Art. 100 S. 489/490 bei Note a; Roelli N 10 zu Art. 38 S. 473, N 9 zu Art. 39 S. 486; SVA I Nrn. 121, 122, SVA VI Nr. 151 S. 304, SVA VII Nr. 314 S. 594, SVA VIII Nr. 309 S. 574, SVA X Nr. 18 S. 71 und Nr. 43 S. 182. Vom Zweck einer Obliegenheit ist ausdrücklich in SVA VII Nr. 255 S. 438 die Rede.

[9] Würde man den pönalen Charakter bejahen, so müsste, unabhängig von der Zweckverwirklichung, bei jedem Verstoss die Rechtsfolge zum Zuge kommen.

[10] Vgl. SVA VI Nr. 279 S. 547.

[11] Meier-Hayoz N 192 zu Art. 1 ZGB; Merz N 51.

[12] Meier-Hayoz N 194 zu Art. 1 ZGB; Merz N 51.

[12a] Anderes gilt für die betrügerische Obliegenheitsverletzung.

[13] Merz N 285 ff.; a. M. Minnier S. 122 f.

[14] Vgl. SVA XI Nr. 91 S. 541: «Im übrigen ist auch festzuhalten, dass die Beklagte in ihrem In-

Auch die deutsche Praxis sah sich gezwungen, bezüglich der vorsätzlichen Verletzung der Aufklärungspflicht in zunehmendem Masse zu berücksichtigen, ob dadurch die Interessen des Versicherers überhaupt tangiert wurden oder nicht. Und zwar wurde dem Versicherer die Berufung auf Leistungsfreiheit dann versagt, wenn die Obliegenheitsverletzung ohne Bedeutung für seine Interessen war[15], oder wenn der Verstoss die Belange des Versicherers so wenig zu beeinträchtigen vermochte, dass die Verwirkungsfolge in keinem vertretbaren Verhältnis dazu stünde[16]. Allerdings genügt eine ernsthafte Gefährdung der Interessen des Versicherers; eine Verletzung ist nicht erforderlich, denn nach wie vor kommt es nicht darauf an, ob die Obliegenheitsverletzung zu tatsächlichen Nachteilen für den Versicherer geführt habe[17].

Obwohl diese Relativierung nicht direkt auf die schweizerischen Verhältnisse übertragbar ist, da wir ja die Abschreckungswirkung mit der betrügerischen Obliegenheitsverletzung verbinden, kann doch zumindest für unser Recht daraus gefolgert werden, dass nicht so sehr auf die Verletzung einer formellen Vorschrift abzustellen ist, sondern jeweils Sinn und Zweck einer Vorschrift zu berücksichtigen sind und die Rechtsfolgen erst dann Platz greifen dürfen, wenn diese Vorschrift auch materiell verletzt wurde.

Ausdrücklich bezog sich ein Entscheid des OLG Kiel[18] auf den Sinn und Zweck eines Obliegenheitstatbestandes, und zwar wurde die Berufung des Versicherers auf Leistungsfreiheit nicht geschützt mit folgender Begründung: «Es steht dem Sinn und Zweck der genannten Vertragsbestimmung und den den Ver-

teresse ... durch die verspätete Anzeige keineswegs benachteiligt wurde»; SVA X Nr. 18 S. 71: «... l'impossibilité de procéder à une exhumation rapide et à l'autopsie, l'emploi du télégraphe n'avait plus de raison d'être»; SVA IX Nr. 81 S. 216 (kein Interesse an einer bestimmten Form); SVA VIII Nr. 309 S. 575: «... die Verwirkungsfolge auszuschliessen, weil der ... mit der ... Anzeige verfolgte Zweck hier ohnehin erreicht, und deshalb die Berufung auf Verwirkung konkret einen offenbaren Rechtsmissbrauch ... bedeute.» SVA VIII Nr. 145 S. 242: «Du retard dans la déclaration de sinistre, il n'est ainsi résulté aucune conséquence dommageable pour l'assureur.» SVA VII Nr. 255 S. 438: «... il ne faut pas perdre de vue l'intérêt des assureurs et les raisons qui les ont amenés à prévoir cette interdiction ...»; SVA VI Nr. 279 S. 547: «... es [wäre] unbillig, den Kläger die Verletzung einer formellen Vorschrift tragen zu lassen, wenn diese Verletzung wesentliche Folgen nicht hatte»; SVA VI Nr. 151 S. 304 u. (Zweck der Anzeigepflicht nicht verletzt). Neben diesen Entscheiden finden sich aber auch solche, die strikte von der formellen Obliegenheitsverletzung ausgehen; so SVA VI Nr. 153 S. 308 ff., SVA VIII Nr. 144 S. 241 ff., SVA VIII Nr. 146 S. 243.

[15] BGH, Urteil vom 5. Mai 1969 in NJW *69* 1385 ff.

[16] BGH, Urteil vom 16. Januar 1970 in NJW *70* 465 ff. und das gleichentags ergangene Urteil des BGH in NJW *70* 808 ff. Vgl. auch BGH vom 18. Februar 1970, NJW *70* 1082 ff.

[17] Dies dürfte nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, dass die deutsche Praxis nicht etwa von einer «absichtlichen», sondern bloss von einer «vorsätzlichen» Verletzungshandlung ausgeht und bereits damit die präventive Wirkung verknüpft, währenddem u. E. der schweizerische Gesetzgeber von einer absichtlichen Verletzungshandlung ausgeht, mit der erheblich strengere Anforderungen verbunden sind. Dies hat denn auch zur Folge, dass – sind die Voraussetzungen erfüllt – jeweils immer auch eine Verletzung der Interessen des Versicherers gegeben ist, so dass hier die Geltung des strengen Alles-oder-nichts-Prinzips gerechtfertigt ist.

[18] OLG Kiel Urteil von 7. Dezember 1925, zitiert in Minnier S. 124; vgl. auch SVA V Nr. 154 S. 314/315.

trag beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben entgegen, wenn die Beklagte ihre Leistungsverweigerung auf die Verletzung der zu einem leeren Formerfordernis gewordenen Bestimmung gründet.»

2. Kausalität

Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man, wenn das Kausalitätsprinzip berücksichtigt wird. Anstatt die Zweckgerichtetheit bereits bei der Festlegung des Inhaltes einer Obliegenheit zu berücksichtigen, wird dem Zweck dadurch Rechnung getragen, dass, ausgehend von der Verletzungshandlung, nur solche Verletzungen Rechtsfolgen nach sich ziehen sollen, die Einfluss auf den Eintritt des Versicherungsfalles, auf den Umfang der Versicherungsleistung oder sonst auf die Rechtsstellung des Versicherers hatten[19]. Gedanklich besteht insofern ein Unterschied, als die Kausalität das Mittel ist, um den Zweck einer Norm zu berücksichtigen, währenddem bei der zweckgerichteten Auslegung des Obliegenheitstatbestandes der Zweck bereits in den Inhalt der Obliegenheit integriert ist.

Diese Zusammenhänge wurden vorne[20] bereits angetönt. Bei den tätigkeitsorientierten Obliegenheiten ist der Zweck der Obliegenheit bereits in der Umschreibung des Obliegenheitstatbestandes enthalten; bei den erfolgsorientierten Obliegenheiten muss durch eine vernünftige Regelung einer Tätigkeit der entsprechende Erfolg zugeordnet werden, wobei hiefür das Kausalitätsprinzip verwendet wird. Umfassend haben wir diese Zweckberücksichtigung als Relevanz bezeichnet[21].

Dass die Zweckberücksichtigung bzw. die Berücksichtigung der Kausalität sich schlussendlich gleich auswirken, geht z. B. auch aus einem Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich hervor[22]. Dieses führt nämlich aus: «Durch die vertragliche Verpflichtung des Versicherten, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, soll bewirkt werden, dass Ursache und Umfang des versicherten Schadens zuverlässig ermittelt werden. Und nur so weit der Versicherte dies durch seine Missachtung der Obliegenheit verunmöglicht, verwirkt er den Versicherungsanspruch.»

In der Rechtsprechung besteht bereits eine deutliche Tendenz, die rigorose Ansicht, dass selbst eine folgenlose Obliegenheitsverletzung zu Leistungsfreiheit führe, ausser acht zu lassen. Diese Tendenz stimmt mit der festgestellten der Versicherungsgesellschaften überein, die vielfach sogar über das gemässigte Alles-oder-nichts-Prinzip hinausgehend, das Kausalitätsgradprinzip zur Anwendung kommen lassen.

[19] Vgl. zum Verhältnis Mittel/Zweck und Ursache/Wirkung Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. A., Wien 1960, S. 24.
[20] Vgl. S. 95 bei N 18 und N 20.
[21] Vgl. S. 95 bei N 23.
[22] SVA XI Nr. 44 S. 247.

Bleibt zu untersuchen, wie die verschiedenen Lehrmeinungen lauten:

a) Roelli, Keller

Diese verneinen das Kausalitätserfordernis, bejahen aber das Zweckerfordernis[23].

b) Koenig

hält sich streng an den Gesetzeswortlaut und will die Kausalität nur in einzelnen vom Gesetz besonders erwähnten Fällen berücksichtigen[24]. De lege ferenda schlägt er eine Lösung vor, die auf dem Kausalitätsgradprinzip beruht[25].

c) Ehrenzweig

führt im Zusammenhang mit der Rechtsnatur der Obliegenheit aus, dass trotz der Verletzung der Obliegenheit die Anspruchsverwirkung abgewehrt werden könne, und zwar mit der «Entschuldigung»[26]: «Mangel der Ursächlichkeit der Verletzung»[27]. Dieser Gedanke sollte demnach allgemein Gültigkeit für sich beanspruchen dürfen, doch wird er von Ehrenzweig nicht mit der nötigen Konsequenz weiterverfolgt. Nur vereinzelt geht er noch auf die «Einrede der Bedeutungslosigkeit[28] oder die «Einrede der Einflusslosigkeit»[29]; einer Obliegenheitsverletzung ein[30].

d) Möller[31]

führt aus, dass die Verletzung einer Obliegenheit Rechtsfolgen auszulösen vermag, unabhängig davon, ob Kausalität gegeben sei und führt als Beispiel u. a. die Nichtanzeige einer mehrfachen Versicherung an[32]. Er weist aber darauf hin, dass in steigendem Masse auch die Kausalität beachtet und diese Tendenz bereits in der freien richterlichen Rechtsfindung berücksichtigt werde.

e) Reimer Schmidt

vertritt die Auffassung, dass im Bereiche der Vertragsfreiheit sowohl Obliegenheitstatbestände mit, wie auch solche ohne Kausalitätserfordernis vereinbart

[23] Vgl. vorne S. 150; Keller S. 431 576 und 643; Roelli N 5d zu Art. 45 S. 534.
[24] Koenig S. 135/136.
[25] Koenig, Revisionsbedürftigkeit, S. 212.
[26] Untechnisch aufzufassen.
[27] Ehrenzweig S. 151.
[28] Ehrenzweig S. 178/179.
[29] Ehrenzweig S. 180.
[30] Auf eine interessante Parallele zwischen unserer Unterscheidung in selbständige und unselbständige Obliegenheiten und der Behandlung des Kausalitätserfordernisses durch Ehrenzweig ist bereits vorne S. 63/64 und S. 68 hingewiesen worden.
[31] Möller N 37 und 110 zu § 6.
[32] Diesbezüglich gehen wir mit ihm einig, da es sich um eine selbständige Obliegenheit handelt (vgl. vorne S. 63).

werden können[33]. Andernorts[34] führt er aus, dass Obliegenheiten regelmässig im Hinblick auf ein Kausalitätserfordernis geprüft werden müssen. Kürzlich[35] hielt er vier Grundsätze, die zur Fortentwicklung der nationalen Rechte beitragen sollen, fest; einer lautete dahin, dass dem VN grundsätzlich zuzurechnende Handlungen und Unterlassungen, die vor dem Versicherungsfall auf dessen Eintritt keinen Einfluss haben und die nach dem Versicherungsfall die Regulierung nicht beeinflussen, generell für unbeachtlich erklärt werden sollten. Nicht unwesentlich ist auch folgende Feststellung[36]: «Dem Gerechtigkeitsempfinden wird weiterhin durch das Kausalitäserfordernis in bestimmten Rechtsordnungen Rechnung getragen.» Von diesem Grundsatz wich er später[37] ab, ausgehend davon, dass wesentliche Unterschiede bestünden zwischen einer sogenannten «Jedermannsversicherung»[38] und der «kaufmännischen Versicherung»[39]. Die «Situation der intellektuellen Unterlegenheit»[40] verlange bei jener zum besonderen Schutz des VN das Kausalitätsprinzip, währenddem bei diesen die besondere schutzbedürftige Situation nicht gegeben sei, so dass auch das Kausalitätserfordernis dahinfalle[41]. Ausgehend davon, dass Obliegenheiten i. e. S. und i. w. S. zumeist unselbständiger Natur sind, ist die Kausalität zwischen Obliegenheitsverletzung und Störung des Hauptleistungsverhältnisses erforderlich zur Geltendmachung von Rechtsfolgen. Da diese Herleitung aus der Natur der Sache erfolgt, kann nicht gestützt auf eine differenzierte Sozialbindung von Versicherungszweigen für die «kaufmännischen Versicherungszweige» etwas anderes gelten als für die «Jedermannsversicherungszweige».

III. Kausalität und Kausalitätsgrad

Mit der Frage nach dem Kausalzusammenhang kann einzig überprüft werden, ob sich überhaupt eine Verhaltensweise in bestimmter Hinsicht ausgewirkt habe; will man zusätzlich noch auf das «Inwieweit» eingehen, so ist nicht nur der Kausalzusammenhang als solcher, sondern auch seine Intensität zu überprüfen.

[33] Reimer Schmidt S. 318.
[34] Vgl. Soergel/Siebert N 8 Vor § 241 (bearbeitet von Reimer Schmidt).
[35] Reimer Schmidt, Generalreferat, S. 12.
[36] Reimer Schmidt, Generalreferat, S. 8.
[37] Reimer Schmidt, Verhütung, ZVersWiss *1968* 88/89.
[38] Als Beispiel werden aufgeführt: Kraftfahr-, Hausrat-, Wohngebäude-, Privathaftpflicht-, Gebäudeeigentümerhaftpflicht- und Hundehalterhaftpflichtversicherung.
[39] Beispiele: industrielle und gewerbliche Feuer- und Betriebsunterbrechungsversicherung, industrielle Haftpflicht- und Betriebshaftpflichtversicherung, Maschinen-, Montage-, Bauwesenversicherung.
[40] Reimer Schmidt, Verhütung, S. 88.
[41] Auch Merz (Privatautonomie, S. 14) hält im Zusammenhang mit der richterlichen Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen fest, dass sich dies nur dort rechtfertigen lasse, wo Standardverträge zwischen Unternehmern und nicht branchenkundigem Publikum vorliegen.

Auf diese Unterscheidung sind auch die vorne erwähnten zwei Prinzipien[42] zurückzuführen: das gemässigte Alles-oder-nichts-Prinzip und das Kausalitätsgradprinzip. Ausgehend davon, dass die Obliegenheitstatbestände auf dem Grundsatz des unredlichen Rechtserwerbes beruhen, haben wir festgehalten, dass der Anspruch des Obliegenheitsbelasteten, der die Obliegenheit verletzt, insoweit «schlecht» ist, als er auf den unredlichen Rechtserwerb zurückzuführen sei. Dies hat uns auch veranlasst, für den Fall, dass eine Obliegenheit vertraglich festgehalten, aber ihr keine Rechtsfolgen zugeordnet wurden, die Leistung des Versicherers in dem Umfange herabzusetzen, als ein «unredlicher Rechtserwerb» vorliegt[43].

Verschiedentlich wurden Einwände gegen das Kausalitätsgradprinzip laut, die sich vor allem auf das Argument stützen, eine derartige Lösung sei unpraktikabel und sei Ursache zahlreicher Streitigkeiten. Dem kann aber entgegengehalten werden, dass vielfach das Kausalitätsgradprinzip in den AVB schweizerischer Versicherungsgesellschaften festgehalten ist und sich in der Praxis auch bewährt hat[44]. Zudem ist nicht ausser acht zu lassen, dass verschiedene Länder[45] das Kausalitätsgradprinzip allgemein anwenden und nur in einigen wenigen Fällen vollumfängliche Leistungsfreiheit zulassen.

IV. Berücksichtigung der Kausalität und des Kausalitätsgrades durch den Richter

1. Berücksichtigung der Kausalität bei unselbständigen Obliegenheiten.

a) Die Frage, ob sich die Obliegenheitsverletzung auf den Eintritt des befürchteten Ereignisses, auf den Umfang der Versicherungsleistung oder sonst auf die

Vereinzelt finden sich auch in den AVB schweizerischer Gesellschaften Anhaltspunkte für derartige Unterscheidungen. Unter anderem enthalten die AVB für Baumaschinenkaskoversicherung (Helvetia-Feuer 1966, Zürich 1965, Erste Allgemeine 1962 und 1966), Maschinenversicherung (Helvetia-Feuer 1960, Zürich 1965 Erste Allgemeine 1962, 1966 und 1968) die Regelung, dass unabhängig von der Kausalität bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Verletzung von Obliegenheiten der Versicherer von der Leistung befreit werde, währenddem bei andern, auch kaufmännischen Versicherungen, wie bei der Betriebsunterbrechungsversicherung (Helvetia-Feuer 1958 und 1966, Erste Allgemeine 1962 und 1966, Berner Allgemeine 1958) und bei der Montageversicherung (Helvetia-Feuer 1963, Zürich 1965, Erste Allgemeine 1963 und 1968) sogar das Kausalitätsgradprinzip zur Anwendung gelangt.

[42] Vgl. S. 105 und 106.

[43] Vgl. vorne S. 119 f.

[44] Nicht nur die Versicherungsjuristen (Minnier S. 232), sondern alle Sachbearbeiter sind mit Verursachungs- und Verschuldensabwägungsbestimmungen bestens vertraut. Man beachte z. B. Art. 61 SVG.

[45] Schweden VVG §§ 21, 22, 44, 51, 52; Norwegen (vgl. Weltkongress S. 203, 204); Jugoslawien (Weltkongress S. 155; hier wird darauf verwiesen, dass allgemein die Tendenz besteht, die Folgen der Verletzung vertraglicher Verpflichtungen zu mildern und nur den tatsächlichen Schaden zu berücksichtigen, den der Versicherte schuldhaft durch eine derartige Verletzung verursacht habe).

Regulierung des Versicherungsfalles ausgewirkt hat, ist vom Richter von Amtes wegen zu überprüfen, wenn es sich um die Verletzung einer unselbständigen Obliegenheit handelt. Dies deshalb, weil der Obliegenheitstatbestand vom Richter zweckgerichtet ausgelegt werden muss und er auf diesem Wege zwangsläufig zur Berücksichtigung der Kausalität verpflichtet ist[46]. Eine Berufung auf Rechtsmissbrauch ist gar nicht notwendig; es findet somit nicht etwa eine Normberichtigung, eine Korrektur von Vertrag und Gesetz statt, sondern eine blosse ergänzende Auslegung[47].

b) Denkbar wäre, dass in den AVB das Kausalitätserfordernis ausdrücklich wegbedungen wird. Dies führt zu einer Veränderung des Charakters der unselbständigen Obliegenheit. Es handelt sich dann nur entfernt um ein Mittel zur Aufrechterhaltung der Äquivalenz. Im Vordergrund steht der Strafcharakter; der Richter muss dies berücksichtigen, indem er überprüft, ob die angedrohte Vertragsstrafe in einem angemessenen Verhältnis zur Verletzungshandlung steht, wobei das Schwergewicht auf das Verschulden zu legen ist. Kommt er gestützt auf diese Härtekontrolle zum Schluss, dass die Verhältnismässigkeit zwischen Verletzungshandlung und Sanktion nicht gewahrt sei, so kann er gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB die Sanktion mildern[48].

2. Berücksichtigung des Kausalitätsgrades

a) Neben denjenigen Tatbeständen, bei denen das Kausalitätsgradprinzip ausdrücklich vertraglich vereinbart ist, muss es auch dort berücksichtigt werden, wo wohl der Obliegenheitstatbestand geregelt, ihm aber keine Rechtsfolge zugeordnet wurde[49].

b) Weiterhin kann das Kausalitätsgradprinzip dann zur Anwendung gelangen, wenn trotz Berücksichtigung des Kausalitätsprinzipes die Leistungsfreiheit eine derartige Härte bedeuten würde, dass die Berufung darauf als eine offenbar missbräuchliche Ausübung eines Rechtes betrachtet werden müsste[50].

[46] Vgl. vorne S. 149 ff.
[47] Merz N 23 ff.; a. M. Minnier S. 122 ff.
[48] Vgl. Art. 163 Abs. 3 OR; Raiser S. 274 bei N 43.
[49] Vgl. vorne S. 119 f.
[50] So z. B., wenn ein Lagerhausinhaber kraft einer Sicherheitspflicht Rückstauklappen in seinem Entwässerungssystem anbringen muss und diese fachmännisch zu warten hat. Die Wartung wird aber ausgelassen, was zur Folge hat, dass eine Rückstauklappe nicht mehr funktioniert. Bei einem Unwetter tritt ein Bach über die Ufer und überschwemmt u. a. auch die Lagerräume dieses Hauses. Gestützt auf ein Gutachten wird festgestellt, dass wegen Überlastung der Kanalisation auch bei der defekten Rückstauklappe Wasser in den Lagerraum eindringen konnte, dass aber diese Wassermenge im Verhältnis zu der direkt eingedrungenen kaum ins Gewicht fällt. Obwohl sich die Obliegenheitsverletzung kausal ausgewirkt hat, wäre es stossend, die Verwirkung als vereinbarte Rechtsfolge vollumfänglich eintreten zu lassen.

V. Wegfall des Kausalitätserfordernisses bei betrügerischer Obliegenheitsverletzung und Verletzung einer selbständigen Obliegenheit

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf verwiesen, dass die Art und Weise der Verletzung bzw. die Art der Obliegenheit zur Folge haben kann, dass das Kausalitätserfordernis wegfällt[51].

§ 18 Einstehenmüssen für Dritte

Im Zusammenhang mit den betrügerischen Obliegenheitsverletzungen sind wir auch auf die Frage eingegangen, wer überhaupt alles von den Auswirkungen einer betrügerischen Obliegenheitsverletzung betroffen werde[1]. Da es um betrügerische Handlungen ging und der Abschreckungszweck dort im Vordergrund steht, ist der betroffene Personenkreis restriktiv zu bestimmen.

Bei bloss vorsätzlichen oder fahrlässigen Obliegenheitsverletzungen ist dieser pönale Gehalt der Rechtsfolgen nicht mehr gegeben[2], so dass nach anderen Kriterien zu suchen ist, die für die Bestimmung des Einstehens für Hilfspersonen massgeblich sein könnten. Diese Frage ist – wie diejenige nach der Rechtsnatur der Obliegenheiten – in Doktrin und Praxis heftig umstritten[3]. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wollte ich auch noch dieses nicht unwesentliche Randgebiet der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten eingehend behandeln. Es sei lediglich festgehalten, dass angesichts der unterschiedlichen Zwangsintensität der unselbständigen Obliegenheiten[4] generelle Lösungen nicht getroffen werden können. Zudem müsste auch unterschieden werden zwischen einer Vertretung bei Abgabe von Willens- und Wissenserklärungen und einer Vertretung in Erfüllung anderer Obliegenheiten.

Wohl ist dabei auf den Grundsatz abzustellen, dass derjenige, der zur Erfüllung seiner «Pflichten» sich der Vorteile der Arbeitsteilung bedient, auch für Dritte einzustehen hat, doch darf dies niemals zu einer derartig extensiven Haftung führen, wie es die Gerichtspraxis heute unter Anwendung von OR 101 annimmt[5]. Der Besonderheit des Versicherungsvertrages ist Rechnung zu tragen, wobei die Verhältnismässigkeit insofern mitbestimmend wirkt, als es zumutbar und angemessen sein muss, dass dem VN oder At das Verhalten eines Dritten zugerechnet wird.

[51] Vgl. vorne S. 68/69 und 85 f.

[1] Vgl. vorne S. 85 ff.

[2] Vgl. vorne S. 84.

[3] Vgl. ROELLI N 5 d zu Art. 45 S. 536; JAEGER N 12 zu Art. 68 und N 118 ff. Einleitung; KELLER S. 645 ff.; MÖLLER N 54 ff. zu § 6; MÖLLER, Verantwortlichkeit des VN für das Verhalten Dritter, Berlin 1939; SOERGEL/SIEBERT N 9 Vor § 241 und N 11 zu § 278; REIMER SCHMIDT S. 283 ff. und 318/319; REIMER SCHMIDT, Generalreferat, S. 46 und 47; DOLDER S. 25 ff.

[4] Beachte den Unterschied zwischen Obliegenheiten i. e. S. und i. w. S.; vgl. SOERGEL/SIEBERT N 11 zu § 278.

[5] Vgl. BGE *92* II 15 ff. und Besprechung MERZ ZBJV *104* 63 ff.

6. Teil und § 19: Richterliche Korrekturversuche

Überprüft man die schweizerische Rechtsprechung auf Korrekturversuche, so ist man erstaunt, ob der Vielfalt der Ansatzpunkte, die die Gerichte aufgriffen, um eine allzuhart scheinende Rechtsfolge zu mildern oder überhaupt die Verletzungshandlung zu negieren. Da das höchste Ziel der Rechtsprechung eine gerechte Entscheidung ist, wird der Richter angesichts des strengen Alles-oder-nichts-Prinzips nur zu oft in eine Zwangslage versetzt[1] und versucht dann, den einzelnen Fall nach konkreten Gesichtspunkten zu entscheiden, wobei ihn «emotionale Billigkeitserwägungen nur allzuleicht in die Irre leiten können»[2]. Dies führt dann verschiedentlich zum Vorwurf der Versicherungsfeindlichkeit[3]. Besonders deutlich kommt diese Zwangslage des Richters in einem Entscheid des Gerichtspräsidenten von Solothurn-Lebern vom 11. Dezember 1930[4] zum Ausdruck. Darin wird ausgeführt: «Es muss deshalb, trotzdem die Lösung eine unbefriedigende und bedauerliche ist, auf § 6 der Versicherungsbedingungen abgestellt werden[5].» Währenddem sich der Richter in diesem Fall zur Resignation gezwungen sah, versuchten andere, die verschiedensten Ansatzpunkte aufgreifend, auf irgendeine Art und Weise die Härten zu umgehen. Darauf sei im folgenden eingegangen.

Da unseres Erachtens das Kausalitätserfordernis auslegungsbedingt zum Tatbestand der Verletzung einer unselbständigen Obliegenheit gehört, ist es systematisch gesehen nicht unter die «Korrekturversuche» einzureihen[6].

I. Einzelne Ansatzpunkte für eine Korrektur

1. Das Verschulden

Das Verschulden ist blosses Billigkeitskorrektiv[7]. Aber selbst dann, wenn nur die verschuldete Obliegenheitsverletzung Rechtsfolgen nach sich zieht, können Härten entstehen. Um diese zu vermeiden, wurden folgende Wege beschritten:

[1] Ehrenzweig (S. 164) verweist auf die «seelische Lage des Richters», die erleichtert würde, wenn er anstatt das Alles-oder-Nichts unter Umständen mit Bedacht auf das Verhältnis der Wahrscheinlichkeitswerte einen Teil der Versicherungsleistung zusprechen könnte.
[2] So Haidinger, Gerechtigkeitsmaxime, S. 197.
[3] Möller N 45 zu § 16.
[4] SVA VI Nr. 152 S. 305 ff.
[5] SVA VI Nr. 152 S. 307.
[6] Vgl. vorne S. 149 ff.
[7] Vgl. vorne S. 76 bei N 9.

a) Subjektiver Verschuldensbegriff

Obwohl im Zivilrecht grundsätzlich von einem objektivierten Verschuldensbegriff ausgegangen wird, tendiert die versicherungsrechtliche Rechtsprechung dahin, einen subjektiven, individuellen Verschuldensbegriff anzuwenden, um damit den Obliegenheitsbelasteten zu schützen[8].

b) Verschuldensgrad

Das Obergericht des Kantons Zürich verweist in seinem Entscheid vom 13. Mai 1930[9] darauf, dass im Zusammenhang mit Art. 39 VVG nur die grobfahrlässige Obliegenheitsverletzung massgeblich sein könne.[10]

c) Unkenntnis der AVB

Nicht nur zur Berücksichtigung der Kausalität wird vom formellen Gehalt einer Vertragsnorm abgewichen. Auch der formelle Standpunkt, dass Unkenntnis der Versicherungsbedingungen grundsätzlich keine Entschuldigung sei[11], wird verlassen. Unkenntnis der AVB bedeutet nicht zugleich Verschulden. Abzustellen ist auf die Umstände des einzelnen Falles[12].

d) Kenntnis vom Versicherungsfall

Voraussetzung für die Erfüllung der Anzeigepflicht ist Kenntnis vom Versicherungsfall, wobei unter Kenntnis zuverlässige Kunde von Tatsachen, aus denen der VN oder At auf den Eintritt des Ereignisses schliessen muss, verstanden wird[13]. Es widerspricht dem Zweck der Unfallanzeige, wenn – wie das Kantonsgericht Zug annimmt[14] – der At selbst davon überzeugt sein müsse, dass ein Unfall vorliege[15]. Es sollte genügen, dass der At oder VN bei verständiger Würdigung der gegebenen Verhältnisse, ernstlich mit der Möglichkeit zu rechnen hat, dass die Ursache einer die Leistungspflicht des Versicherers begründenden Körperschädigung vorliegt[16]. In analoger Weise gilt dies auch für andere Versicherungszweige[16a].

[8] Vgl. vorne S. 76/77, insbesondere SVA VI Nr. 279 S. 544 ff., SVA X Nr. 43 S. 183, SVA XI Nr. 91 S. 541.
[9] SVA VI Nr. 279 S. 544 ff.
[10] SVA VI Nr. 279 S. 548; vgl. auch SVA X Nr. 18 S. 71.
[11] So Roelli N 5 zu Art. 45 S. 538.
[12] Vgl. SVA X Nr. 43 S. 183, SVA XI Nr. 91 S. 541, SVA VI Nr. 153 S. 311; SJZ *31* 24 bei N 43 und 44.
[13] Roelli N 5 zu Art. 38 S. 465.
[14] SVA IX Nr. 165 S. 403.
[15] Dem Entscheid ist im Ergebnis, nicht aber hinsichtlich Begründung beizustimmen.
[16] So Roelli N 5 zu Art. 38 S. 466; SVA III Nr. 254 S. 562; SVA V Nr. 146 S. 279, SVA XI Nr. 41 S. 229.
[16a] Vgl. SVA VI Nr. 154 S. 315.

e) Hilfsperson

Ohne näher auf die sehr umstrittene Frage[17] eintreten zu wollen, inwieweit der Obliegenheitsbelastete auch für Hilfspersonen einzustehen hat, wenn diese eine Obliegenheit verletzen, seien hier diejenigen Urteile erwähnt, in denen die Gerichte die Ansicht vertraten, dass, obwohl eine verschuldete Obliegenheitsverletzung gegeben sei, diese dem At oder VN nicht entgegengehalten werden können, weil sie das Verhalten der Hilfsperson nicht zu vertreten hätten. So wurde insbesondere ausgeführt, dass der Versicherte, wenn er einen Arzt mit der Schadenanzeige beauftrage, im Prinzip für dessen Verhalten nicht verantwortlich sei[18]. Gerade entgegengesetzt argumentierte das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt in einem Urteil vom 5. März 1927[19]: «Hatte er ferner die Police und die Erfüllung der daraus entspringenden Obliegenheiten seinem Vater überlassen, so anerkannte er damit diesen als Vertreter und muss dessen Säumigkeit in der Erfüllung der Obliegenheiten wie eigenes Verschulden gegen sich gelten lassen.» Interessant ist, dass sich die Gerichte in keinem dieser Fälle um die Klärung der Frage bemühten, ob die Bestimmungen des OR über die Zurechenbarkeit des Verhaltens der Hilfsperson überhaupt bzw. inwieweit anwendbar seien.

f) Richterliche Berücksichtigung des Verschuldens trotz Dispositionsmaxime

Gemäss Art. 45 VVG kann der Obliegenheitsbelastete zu seiner Entlastung geltendmachen, es liege eine unverschuldete Obliegenheitsverletzung vor. Dieses Verteidigungsmittel müsste grundsätzlich als Einrede vom Obliegenheitsbelasteten vorgebracht werden, da die Verfügungsmacht über den Streitgegenstand den Parteien zusteht und der Richter nicht verpflichtet ist, von sich aus auf Einreden zu verweisen[20, 21].

Verschiedene Urteile[22] stützen sich auf die Dispositionsmaxime und machten geltend, dass, da der Obliegenheitsbelastete nicht versucht habe, den ihm zustehenden Exkulpationsbeweis anzutreten, die Verschuldensfrage auch nicht überprüft werden müsse; dies obwohl anerkannt wird, dass VVG 45 im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit aufgenommen worden ist[23]. Anders ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 7. Juli 1953[24].

[17] Vgl. vorne S. 157.

[18] SVA V Nr. 162 S. 331, SVA IX, Nr. 81 S. 214 ff.; vgl. die Kritik zu diesen Entscheiden bei KIENTSCH, Die Auskunfts- und Mitwirkungspflicht des Arztes, Diss. Bern 1967, S. 68 f.; vgl. auch SVA X Nr. 18 S. 72.

[19] SVA VI Nr. 153 S. 311; vgl. SVA V Nr. 178 S. 372.

[20] LEUCH, Zivilprozessordnung für den Kanton Bern dritte Auflage, Stämpfli & Cie., 1956, S. 122 zu Art. 89.

[21] Hingegen ist es dem Richter auch nicht verboten, eine Partei auf die Nützlichkeit unbenützter Verteidigungsmittel aufmerksam zu machen (LEUCH S. 123).

[22] So SVA V Nr. 209 S. 449, SVA VIII Nr. 309 S. 574.

[23] SVA V Nr. 209 S. 447; gerade dort, wo öffentliche Interessen auf dem Spiele stehen, hat der Richter aber die Vervollständigung des Tatbestandes anzustreben (vgl. LEUCH S. 124).

[24] SVA XI Nr. 91 S. 535 ff.

Obwohl der Kläger nur die Kausalität geltend macht[25], setzt sich das Gericht eingehend mit der Verschuldensfrage auseinander und kommt zum Schluss, dass eine unverschuldete Obliegenheitsverletzung vorliege. Dies erfolgte zu Recht, denn ist ein Gesetzesartikel mit rückwirkender Kraft ausgestaltet, so liegt er im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit, was wiederum zur Folge hat, dass die Dispositionsmaxime des Zivilprozessrechtes in den Hintergrund rückt[26].

2. Unklarheitenregel

Einen weiteren Ausweg, um die Anwendung vertraglich vereinbarter, harter Rechtsfolgen zu vermeiden, fanden die Gerichte in der Unklarheitenregel. Diese ist zwar in Art. 33 VVG ausdrücklich nur für Vereinbarungen über den Umfang der versicherten Gefahr vorgesehen, was aber die Rechtsprechung nicht daran hinderte, bei irgendwelchen Zweifeln im Sinne der Unklarheitenregel zugunsten des VN oder At zu entscheiden[27], insbesondere auch im Zusammenhang mit der vertraglichen Regelung von Obliegenheiten und der Rechtsfolgen im Falle einer Verletzung[28].

3. Teilbarkeit des Versicherungsanspruches

Interessant ist ein Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. Dezember 1954[29]. Der Versicherte verweigerte grundlos die Erfüllung der Obliegenheit, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, wobei sich diese Untersuchung nur auf die Fuss-, nicht aber die Gehirnverletzung erstreckte, die der Versicherte beim Unfall erlitten hatte. Das Gericht kam zum Schluss, dass durch dieses Verhalten des Versicherten nur seine Ansprüche bezüglich Fussverletzung verwirkt seien, hingegen die Ansprüche hinsichtlich der Gehirnverletzung weiterhin Bestand hätten, weil der Versicherungsanspruch nicht unteilbar sei und nur so weit eine Verwirkung eintreten könne, als eine zuverlässige Ermittlung der Ursache und des Umfanges des Schadens verunmöglicht werde. Dieses Urteil entspricht der vorne vertretenen Ansicht[30], dass bei nicht betrügerischen Obliegenheitsverletzungen der Zweck bzw. die Kausalität berücksichtigt werden müsse.

[25] Vgl. SVA XI Nr. 91 S. 540.
[26] Vgl. vorne N 23.
[27] GAUGLER, In dubio contra assecuratorem?, SVZ *1955/56* 1 ff. und 33 ff.
[28] Vgl. SVA VI Nr. 154 S. 315 und 316, VI Nr. 271 S. 532/533, SVA V Nr. 170 S. 350 (hier allerdings nur subsidiäre Verwendung).
[29] SVA XI Nr. 44 S. 242 ff.
[30] Vorne S. 149 ff.

4. Absende- und Empfangstheorie

Gemäss Urteil vom 21. Dezember 1928 des Kantonsgerichtes Genf[31] muss der Obliegenheitsbelastete nur beweisen, dass die schriftliche Anzeige des Versicherungsfalles abgeschickt worden, nicht aber, dass sie in den Empfangsbereich des Versicherers geraten sei. Dieser Beweis wurde gestützt auf die Aussage des behandelnden Arztes als erbracht betrachtet, da dieser ausführte, der betreffende Brief sei abgeschickt worden.

Diese Begründung dürfte aber nur ein vorgeschobenes Mittel zum Zwecke sein. Denn anschliessend wird festgestellt, dass der mit der Obliegenheit verfolgte Zweck nicht vereitelt worden sei. Dies lässt den Schluss zu, dass ausschlaggebend für das richterliche Urteil die Tatsache war, dass die vom Versicherer behauptete Obliegenheitsverletzung keine Wirkungen zeitigte, wobei dies aber nach herrschender Lehre und Praxis nicht zu berücksichtigen war. Den Ausweg fand man darin, einen (nicht unbedingt stichhaltigen) Beweis für das Absenden der Anzeige als erbracht anzunehmen[31a].

5. Verzicht auf die Geltendmachung von Obliegenheitsverletzungen

Tritt ein Versicherer auf die Weiterbehandlung eines ihm zur Kenntnis gebrachten Versicherungsfalles ein, ohne irgendwelche Vorbehalte bezüglich Geltendmachung von Obliegenheitsverletzungen anzubringen, so ist dies als stillschweigender Verzicht zu betrachten[32]. Vielfach wird dem Versicherer der Verzichtwille aufoktroyiert[32a].

6. Beweislastverteilung

Um den Schutz des VN vor einer Verwirkung des Versicherungsanspruches zu verstärken, griff der BGH[33] entgegen den bestehenden Allgemeinen Bedingungen für die Kraftfahrversicherung zu einer Neuverteilung der Beweislast für diejenigen Fälle, in denen sich der Versicherer bei Unfallflucht des VN auf seine Leistungsfreiheit berufen will. Gemäss diesen Bedingungen hätte nämlich der VN den Beweis zu erbringen, dass er den Unfall nicht bemerkt habe[34]. Der BGH

[31] SVA VI Nr. 151 S. 303 ff.

[31a] Vgl. dagegen Urteil des Obergerichtes Zürich vom 13. Oktober 1969 im «Touring» (Zeitschrift des Touring-Clubs der Schweiz) 1970 Nr. 41.

[32] SVA V Nr. 170 S. 348, SVA II Nr. 83 S. 47, SVA II Nr. 134 S. 90; vgl. auch BGH, Urteil von 16. Januar 1970 in NJW *1970* 466 l. Sp. und SJZ 42/43 bei N 113 ff.

[32a] SJZ *31* 42 bei N 112.

[33] BGH von 30. April 1969 in NJW *69* 1384.

[34] Dinslage, Zur Beweislast bei versicherungsvertraglicher Obliegenheitsverletzung, NJW *1968* 1757 l. Sp.

überband aber dem Versicherer den Beweis, dass der VN von dem eingetretenen Versicherungsfall Kenntnis gehabt habe.

Diese Regelung entspricht auch der herrschenden Lehre, dass bei Verletzung von Pflichten, Nebenpflichten oder Obliegenheiten der objektive Tatbestand von demjenigen geltendgemacht werden muss, der sich auf diese Verletzung berufen will[35].

7. Berufung auf Treu und Glaube oder Rechtsmissbrauch

Eine stattliche Anzahl von Entscheiden geht aus einer eigentlichen Billigkeitskontrolle aus. Die Ansatzpunkte sind dabei verschieden.

Treu und Glaube wird in verschiedenster Hinsicht verwendet, um den Eintritt zu rigoroser Rechtsfolgen zu verhindern. Entweder führt bereits die Interpretation des Obliegenheitstatbestandes nach Treu und Glaube dazu, dass das Verhalten der Obliegenheitsbelasteten nicht als Obliegenheitsverletzung bewertet wird[36], oder aber die Berufung auf eine strenge Rechtsfolge wird als gegen Treu und Glaube verstossend abgelehnt bzw. wegen Rechtsmissbrauch nicht geschützt[37]. Besonders instruktiv ist die Begründung des BGH in einem kürzlich ergangenen Urteil[38]: «Auch bei diesen rechtsgeschäftlichen Verwirkungsregelungen, deren Einbeziehung in die Verträge sich die Versicherungsnehmer nicht entziehen können, kann nach Treu und Glauben nicht jede begrifflich den Verwirkungstatbestand erfüllende Zuwiderhandlung des Versicherungsnehmers unterschiedslos die starre Sanktion auslösen, deren Auswirkung auf den Betroffenen vielfach weit härter ist als die einer Kriminalstrafe[39].»

Ist in Entscheiden von Unbilligkeit die Rede, so ist damit ebenfalls auf Art. 2 ZGB, nicht etwa auf Art. 4 ZGB Bezug genommen[40].

8. Der Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung

Der Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung ist das die Anzeigepflicht auslösende Ereignis. Wann aber das befürchtete Ereignis eintritt, ist umstritten[41].

[35] Vgl. vorne S. 36 ff. und DINSLAGE a. a. O. S. 1758, der zutreffend bemerkt, dass bei denjenigen Obliegenheiten, die Kenntnis vom Versicherungsfall voraussetzen, dem VN nicht noch die weitere Obliegenheit aufgebürdet werden könne, sich Kenntnis vom Versicherungsfalle zu beschaffen.

[36] Vgl. SVA II Nr. 44 S. 19, SVA V Nr. 297 S. 596/597, SVA VI Nr. 151 S. 309, SVA X Nr. 18 S. 71; vgl. auch BGH, Urteil vom 16. Oktober 1968, MDR *1969* 124, BGH Urteil vom 16. Januar 1970. NJW *1970* 467, BGH Urteil vom 16. Januar 1970, NJW *1970* 810.

[37] SVA III Nr. 249 S. 544, SVA VIII Nr. 309 S. 574, SVA XI Nr. 91 S. 542.

[38] BGH, Urteil vom 16. Janaur 1970, NJW *1970* 467.

[39] Ebenfalls hier sind SVA VII Nr. 255 S. 440 und SVA X Nr. 43 S. 183 einzugliedern, wird doch in beiden Fällen davon ausgegangen, welches Verhalten einem «korrekten» Erben bzw. einem «korrekten» Versicherer entspreche.

[40] Vgl. SVA VI Nr. 279 S. 547; SJZ *31* 41.

[41] Vgl statt vieler KOENIG S. 506 ff.

Nicht unerheblich dürfte bei der richterlichen Beurteilung dieser Frage ins Gewicht gefallen sein, dass je nach Auslegung der VN Gefahr laufen würde, seine Rechte wegen verspäteter Erfüllung der Anzeigeobliegenheit zu verlieren[42].

9. Belehrung des VN

Die deutsche Rechtsprechung hat, um die Verwirkung einzuschränken, eine besondere Pflicht des Versicherers entwickelt; dieser ist gehalten, den VN auf den Rechtsverlust, der ihm bei bewusst unwahren oder unvollständigen Angaben droht, klar und unmissverständlich hinzuweisen, ansonsten der Versicherer nur insoweit leistungsfrei wird, als er durch die unrichtigen Angaben des VN geschädigt wurde[43].

II. Kumulation von Korrekturgründen

Allgemein kann festgehalten werden, dass nicht nur die AVB der schweizerischen Versicherungsgesellschaften eine erfreuliche Tendenz aufweisen, die Stellung des VN oder At hinsichtlich der Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzungen zu verbessern, sondern auch die Rechtsprechung eine derartige Tendenz aufweist[44]. Allerdings widerspiegelt sich die Zwangslage des Richters[45] und seine zurückhaltende Stellungnahme gegenüber einer Abweichung von den vertraglichen Vereinbarungen in den Entscheiden. Um die Korrektur zu rechtfertigen und dem Korrekturgrund mehr Gewicht zu verleihen, sahen sich die Gerichte häufig veranlasst, nicht nur einen einzelnen Korrekturgrund geltend zu machen und in Anwendung der Schlüssigkeitsmaxime alles andere unberücksichtigt zu lassen, sondern die einzelnen Korrekturgründe zu kumulieren und daneben erst noch die fehlende Kausalität geltend zu machen[46].

[42] Vgl. dazu SVA VI Nr. 154 S. 316, Nr. 271 S. 532/533 und Nr. 275 S. 540.
[43] VON HIPPEL NJW *1969* 1695; vgl. BUKOW S. 137 ff. und vorne N 53 S. 106.
[44] So auch die deutsche Praxis, vgl. VON HIPPEL NJW *1969* 1695.
[45] Vgl. vorne S. 158.
[46] Vgl. SVA V Nr. 168 S. 343 (Unklarheitenregel, Kausalität, Verhältnismässigkeit), SVA VI Nr. 271 S. 531 ff. (Unklarheitenregel, Verschulden, Beweis), SVA VI Nr. 279 S. 546/547 (Kausalität, Unbilligkeit, Verschulden), SVA VII Nr. 255 S. 437/438 (Verschulden, Kausalität, gute Sitte, Verhältnismässigkeit), SVA X Nr. 18 S. 71/72 (Treu und Glaube, Verschulden, Kausalität) und SVA XI Nr. 91 S. 541/542 (Verschulden, Kausalität).